



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
Área Jurídica, Social y Administrativa

NIVEL DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

TÍTULO:

**“LA IMPUNIDAD DE LA MALA PRÁCTICA
MÉDICA. UN DIAGNÓSTICO EN LA CIUDAD DE
LOJA”**

TESIS PREVIA LA OBTENCIÓN
DEL GRADO DE MAGÍSTER EN
CIENCIAS PENALES.

POSTULANTES:

Dr. Adriano Loján Zumba

Dr. José Briceño Castillo

DIRECTOR:

Dr. Víctor Hugo Mora Merino

LOJA-ECUADOR

2010

CERTIFICACIÓN:

Doctor

Víctor Hugo Mora Merino

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICO:

Que luego de haber dirigido y orientado el presente trabajo de investigación de postgrado, considero que es apto para que sus autores continúen con los trámites legales correspondientes para su sustentación, previo al grado de Magísteres en Ciencias penales.

Es todo cuanto puedo certificar para los fines legales pertinentes.

Loja, julio del 2010

Dr. Víctor Hugo Mora Merino

AUTORIA:

Las ideas, opiniones, criterios y conceptos que constan en este trabajo investigativo, son de nuestra absoluta responsabilidad.

Loja, juliodel 2010

LOS AUTORES

Dr. José Briceño CastilloDr. Adriano Loján Zumba

DEDICATORIA:

A mi esposa:

Dra. Dora Jeanneth Córdova Cando.
Compañera inseparable en mis triunfos y derrotas, quien con su comprensión y apoyo incondicional, supo incentivar en mí, el camino para la superación.

A mis hijitos:

Thalía Jeanneth, José David y Jhoel Isaac Briceño Córdova. Por sus mimos, cariño y apoyo moral a mi persona, a ellos mis esfuerzos y alegrías llenos de satisfacción personal.

Dr. José Briceño Castillo

Con infinito amor a mi esposa Jenny Jacqueline Camacho y a mis hijas Adriana Jacquelin y María Cristina, que constituyen la razón de mi existencia, a ellas que con su comprensión constituyeron mi apoyo moral para poder culminar mis estudios de cuarto nivel.

Dr. Adriano Loján Z.

AGRADECIMIENTO:

Nuestra sincera gratitud a la Universidad Nacional de Loja, en su Área Jurídica, Social y Administrativa, Nivel de Postgrado, Maestría en Ciencias Penales. Institución que nos brindó la oportunidad, para formarnos profesionalmente y ser útiles a la sociedad.

Al Director de Área, Coordinador de la Maestría, Director de Tesis, profesores y demás personas que con su aporte, contribuyeron para el desarrollo y culminación de la presente investigación.

Los autores

1. RESUMEN:

La presente investigación, se orienta a analizar un tema de actualidad y latente en nuestra sociedad, que permanentemente se suscita en centros de salud públicos o privados, en el ejercicio de la profesión médica. Podríamos decir que no se trata de la manifestación de una conducta dolosa de parte del médico, sino de un comportamiento violatorio del juramento hipocrático al tomar la investidura como profesional de la medicina humana; una conducta culposa, como consecuencia de negligencia, impericia o inobservancia de la Ley y Reglamentos, a los cuales estaba obligado observarlos, lo que indudablemente produce consecuencias irreparables en la vida de los pacientes.

Consecuentemente por el principio Constitucional de igualdad ante la Ley, consagrado en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República, es lógico entender que al poner de manifiesto una conducta de esta naturaleza en el ejercicio de la delicada profesión médica y producir daño en sus pacientes, aquel está obligado a responder por sus actos, sea civil o penalmente, tomándose en consideración que quienes al momento de crítico estado de salud, resultan seres indefensos, confiados y puestas sus esperanzas en la capacidad y responsabilidad de un profesional de la Medicina Humana.

A más de analizar conceptos y doctrina de diferentes tratadistas referente a este tema, en este trabajo se demostrará la importancia que reviste abordar esta temática, analizando casos prácticos de la realidad de la vida y evidenciar la inseguridad jurídica que padece la sociedad en estos casos, debido a la inexistencia de norma expresa que sancione estas conductas humanas, a efecto de dar a la administración de Justicia, a los Centros de Salud públicos o privados, al estudiante o profesional, amante de la investigación jurídica, una base de conceptos doctrinarios y enfocar la necesidad de profundizar el análisis e investigación en este campo, para conseguir la creación de una normatividad jurídica que regule estas conductas, que impida la impunidad de la mala práctica

médica en el Ecuador y tenga así vigencia el principio de seguridad jurídica de las personas, consagrados en la Ley Suprema, en Tratados y Convenios Internacionales, que rigen el convivir de la sociedad ecuatoriana.

Esta investigación tiene como sustento la evidente realidad que se suscita entre paciente-médico-centro de salud, frente a los derechos de las personas consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, en los Convenios y Tratados Internacionales. Así el Art. 32 de la Carta Magna garantiza como un principio Constitucional, el derecho a la salud, ampliándose esta garantía con mayor precisión en la Sección Segunda, Capítulo Primero del Título VII Ibídem, en tanto que el numeral 2 del Art. 11 de la misma Carta Fundamental, garantiza la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de las personas. Esto es que todo ser humano, de la condición social, política o económica que fuere, debe recibir el mismo trato, consideración y seguridad jurídica en el lecho del dolor. De manera que, al inobservarse estos principios constitucionales, el infractor debe recibir una pena, que para ello debe estar previamente establecida en la ley, por que de lo contrario por el principio *nullum crimen, nullapoena sine praevialege*, (ningún delito, ni pena sin previa ley) dichas conductas han quedado y continuarán quedando en la impunidad.

Así una persona que ingresa a un Centro de Salud, automáticamente le quedan anulados los principios de seguridad jurídica, tanto de parte del galeno, como de la Casa de Salud, por consiguiente, supeditado al factor de las circunstancias y a la voluntad del Todopoderoso. Son infinitos y permanentes los casos difundidos como de “mala práctica médica” que han conmocionado a la sociedad ecuatoriana y lojana y por consiguiente, las denuncias y artículos de prensa para estos casos, generalmente cuando las víctimas han sido personas de economía media hacia arriba, e infinitos los casos de mala práctica médica en personas de escasos recursos económicos, que en búsqueda de restablecer su salud y en otros por lucir mejor ante la sociedad, se someten a intervenciones quirúrgicas, resultando víctimas del mal ejercicio médico, ocasionándoles en veces la muerte, en otras quedando en estado vegetativo, padeciendo enfermedades incurables, o pérdidas

de órganos vitales, sin que las víctimas puedan demandar y conseguir pena para sus responsables, peor indemnización de carácter civil, debido a la no tipificación de estas conductas del comportamiento profesional médico y la prohibición expresa prevista en el Art. 4 del Código Penal que dice “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido mas favorable al reo”.

Queda así entonces abierto el camino al debate y a la investigación científica y jurídica sobre este tema que es una realidad en nuestro país.

1. ABSTRACT:

This research, aims to analyze a current and latent issue in our society that constantly arises in public or private health centers, in the exercise of the medical profession. One could say that this is not the manifestation of willful misconduct on the part of the Doctor, but conduct in violation of the Hippocratic oath when making the investment as a human medical professional; a fault, as a result of negligence, incompetence or failure to observe the Law and Regulations, to which the Doctor is bound to observe, undoubtedly has irrevocable consequences in the lives of patients.

Consequently with respect to the Constitutional principle of equality as set out in law in Article 11.2 of the Constitution of the Republic, it is of logically understood that by demonstrating a pattern of this nature, in the exercise of a sensitive medical profession, it can result in damage to patients, for which the Doctor is duty bound to answer for his or her actions, whether civil or criminal taking into consideration that those who at the time of a critical health condition, are helpless, trusting and putting their hopes in the ability and responsibility of a medical professional.

Analyzing different concepts and doctrines on this theme in this paper will demonstrate the importance of addressing this issue by studying real life case studies and evidence of legal uncertainty experienced by society in these cases. This in the main part is due to the absence of prompt reaction to penalize those human behaviors, to give to the Justice Administration, Public and private Health Centers, students or professionals, aficionado of legal research, a database of teaching concepts. In addition there is a need to focus on further analysis and research in this field to achieve the creation of a legal norm to regulate such conduct, to prevent impunity for medical malpractice in Ecuador and enforce the principle of legal protection of people as laid out in the supreme law within international treaties and agreements that govern the lives of Ecuadorian society.

This research aims at supporting the obvious reality that arises between the patient-physician-health center, for the rights of individuals as set out in the Constitution of the Republic of Ecuador, conventions and international treaties. Thus Art.32 of the Constitution guarantees as a constitutional principle, the right to health, extension of this guarantee is shown in greater detail in Section II, Chapter I of Regulation V11, while numeral 2 of article 11 of the Constitution, guarantees equality of rights, responsibilities and opportunities of individuals. That is, every human being, whatever social, political, or economic status, should receive the same treatment, consideration and legal assurance when ill. Thus, by not observing these constitutional principles, the offender must be punished, this must be established formally in law, because otherwise the principle *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (no crime or punishment without the prior law.) of such conduct has been and will continue to go unpunished.

So while a person, who enters a health center, is automatically devoid of the principles of legal certainty, on the part of the physician, and the Health Center, and consequently, subject to circumstances and the will of the Almighty. Medical malpractice cases that have shocked Ecuadorian society and Loja are infinite and unending and therefore, complaints and news articles about these cases usually concern middle class citizens and countless numbers of medical malpractice

cases amongst poor people. These people may have been convalescing or trying to improve their appearance undergoing surgical procedures, and so have resulted in being victims of poor medical practice. In some cases this has resulted in death and others being left in a vegetative state, suffering from incurable diseases, or loss of vital organs, without being able to sue and obtain punishment for those responsible, the worst compensation for a person, due to non-standardization of this type of behavior within the realm of professional medical behavior. Express prohibition provided in Article 4 of the Penal Code states: "In criminal matters extensive interpretation is hereby forbidden. The judge must adhere strictly to the letter of the law; in cases of doubt a judgment is generally found in favor of the defendant".

And so the door to debate is open and scientific and legal research on this subject that is indeed a reality in our country.

2. INTRODUCCIÓN:

Hechos lamentables sancionados por la sociedad han venido siendo tratados a lo largo de nuestra historia, con la finalidad de darle solución a los problemas sociales que como consecuencia de ellos, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales.

El presente trabajo pretende desarrollar tópicos relacionados con la existencia de una realidad de la vida, como lo es la mala práctica médica en el área de la salud, cuando se ha provocado un daño en el cuerpo o en la salud de la persona; sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo al margen de la normativa legal aplicable. Su accionar involucra todo el conjunto que permite el ejercicio de la Medicina Humana, desde instituciones de Salud, médicos, anestesiólogos, enfermeras y auxiliares, que hayan participado en la atención del paciente.

Es así que su acción u omisión lesiva dentro de este campo, no contempla una normativa clara y precisa que permita la sanción correspondiente, viéndose obligado el órgano Jurisdiccional ante el conocimiento de un hecho de esta naturaleza, a buscar alguna norma penal que se aproxime a la tipificación de esta conducta, para poder juzgar. Así se recurre al Código Penal, al capítulo de los "Delitos Contra la Salud Pública"; o a juzgar aquellas conductas, como homicidios o lesiones inintencionales, y nada como delitos de mala práctica médica. Razón por la que creemos necesario analizar e investigar este tipo de conducta humana, para proponer su incorporación como delito sancionado por la ley penal, desarrollando nuestra investigación en tres capítulos, y las conclusiones, recomendaciones y propuesta de creación de un capítulo en el Código Penal que tipifique la mala práctica médica.

En el desarrollo de la investigación describimos “Las Conductas Delictivas”, señalando las diferentes configuraciones de los delitos de acción y omisión, derivando diferencias significativas para la delimitación entre autoría y participación, así como las conductas dolosas que abarca en su totalidad a los llamados delitos intencionales, las culposas que enmarca jurídicamente al delito inintencional, las negligentes como una modalidad de culpa que guarda sintonía con una práctica médica deficiente, con descuido y desatención; y, de la inobservancia de las leyes, reglamentos y demás disposiciones, como una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrita dispuesta con fines de prevención de un daño, no se le da cumplimiento.

Con la denominación de las conductas de “Mala Práctica Médica Como Delito Culposo”, consideramos en primer lugar al sujeto pasivo del delito culposo, como el ofendido que puede presentarse como acusador particular al sujeto activo del delito culposo, que es el imputado en el proceso o acusado cuando ya se ha dictado auto de llamamiento a juicio en su contra. En la mala práctica médica, deducimos la actuación culpable que ocasiona daños materiales o morales a las personas a quienes se les presta el servicio. De las consecuencias socio-jurídicas; definimos que, estos hechos siendo una realidad en nuestra sociedad, producto del ejercicio profesional de los galenos, son conductas que siempre han quedado en la impunidad, sin lograr conseguir la imposición de una pena para el autor de la mala práctica médica, neutralizando a la víctima el derecho constitucional de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley; y, para establecer la necesidad de crear un capítulo específico en el Código Penal Ecuatoriano, que tipifique la conducta derivada de los actos de mala práctica médica, examinaremos los aspectos relativos a los Delitos Contra la Salud Pública.

Por lo general los casos de mala práctica médica se refieren a diagnósticos y tratamientos inadecuados o erróneos del médico y personal de enfermería, errores en prescripciones, entre otros motivos, que a veces quedan en simples denuncias susceptibles a la impunidad. Asimismo trasladamos las encuestas

efectuadas a magistrados, jueces, fiscales y abogados penalistas, cuyos resultados sintetizamos descriptivamente y analizamos los resultados de la información obtenida. Sucesivamente se cumplió con la entrevista a fiscales, miembros de tribunales y jueces penales de la ciudad de Loja, sobre hechos de mala práctica médica; entorno a si la responsabilidad personal del profesional médico debería estar estrictamente tipificada como delito en nuestro Código Penal, a la no importancia de los legisladores en instituir los proyectos de ley de reformas relacionados al tema, a la impunidad, y de los cambios viables a sugerir de la cuestionada mala práctica médica. Se verificó los objetivos, determinando que no existen normas que tipifiquen o penalicen la conducta médica; y, que el legislador pretende que sea aplicada en los casos de mala práctica médica, bajo el epígrafe de los delitos contra la salud, que se presta a otros intereses, a otras fuerzas, y otros poderes que realmente dominan la sociedad. Se contrastó la hipótesis, comprobando el incumplimiento de las normas vigentes, a pesar de la inexistencia de norma en cuestión. Y, se fundamenta los mecanismos para buscar condenas que actualmente no basan su figura en la mala praxis, sino en homicidio y lesiones inintencionales.

Por último, presentamos las conclusiones, recomendaciones y el proyecto de creación de un capítulo en el Código Penal que tipifica la mala práctica médica, como producto de nuestro estudio e investigación de este trabajo.

3. REVISIÓN DE LITERATURA

3.1. Delitos de acción

La evolución histórica del Derecho Penal, y en especial, las concepciones para la definición del delito, ha permitido, a pesar de sus diferentes enfoques, partir de que todo delito, es decir, conducta punible, “es la acción típicamente antijurídica y culpable. De esta definición, el elemento acción es el único de carácter sustancial, mientras los otros señalan solamente notas características o distintivas, que sirven para diferenciar el delito de las demás acciones humanas. ...El concepto de acción humana debe considerar a ésta en toda su integridad: no sólo en la manifestación externa de la actividad humana, sino también, y principalmente, en la voluntad que la inspira y dirige”.¹

Dentro de la teoría de la acción; históricamente, se consideran dos corrientes: la causalista y finalista. Para la explicación causal, la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La finalista entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. “La finalidad supone la intervención de una voluntad consciente del fin que se persigue, por lo que incluye el dolo dentro de la acción, haciendo así inseparables los aspectos material y subjetivo del delito. La concepción finalista de las acciones dolosas obliga a una separación entre éstas y las culposas”.²

Desde este punto de vista, se conceptúa que: “Delito de acción - o de comisión, como propiamente debe decirse - es el actuar que produce o tiende a producir un

¹ ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal*; Tomo I, Segunda Edición, Editora Nacional Gabriela Mistral Impresores, Santiago, 1976. Pág. 125.

² LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho Penal*; Tomo I, Octava edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979. Pág. 101.

cambio en el mundo exterior, quebrantando una norma penal de carácter prohibitivo”.³Se cometen mediante un comportamiento positivo.

Ese concepto dependerá de los elementos del juicio de valor constituido por el tipo penal, el que puede referirse a distintos aspectos de la acción, que no en todos los tipos serán iguales; ya sea a la relación causal, a la finalidad de la conducta, o a los motivos del autor.

“La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo, pertenece a la esfera del ser y no a la del deber ser, porque abarca tanto comportamientos buenos como malos. Con el concepto de acción o de hacer, se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo, éste es también un concepto ontológico no valorativo, en cuanto abarca tanto no haceres buenos como malos. El concepto de acción típica ha de partir de una definición de carácter normativo -que permita incluir tanto la acción como la omisión- que posteriormente habrá de sufrir un proceso de desnormativación para que en ella puedan subsumirse los comportamientos reales. Mientras que el concepto de "acción típica" ha de ir en relación con un determinado tipo penal, lo que se analizaría bajo el concepto general de acción no sería la concreta tipicidad de la acción, sino si tal acción reúne los caracteres generales de toda conducta humana”.⁴

Entonces, de acuerdo a los diferentes contextos, podemos enunciar que la acción es un hecho positivo y consiste en actuar o hacer, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas; determinando que:

³ LABATUT GLENA: Ob. Cit. Pág. 192.

⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.: *Tipicidad e Imputación Objetiva*; Segunda Edición, Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, 1998, (consultado el 18 de Julio del 2009), disponible en Web: <http://www.elprisma.com/apuntes/apuntes.asp?page=17.categoria=402>

La voluntad, es el querer e intentar cometer el delito; la actividad, es el hacer o actuar positivamente encaminado a producir el ilícito; el resultado, es la consecuencia de la conducta, el fin deseado y previsto en la ley penal; y el nexo de causalidad, que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho vínculo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse la causa.

3.1.1. La ausencia de acción

Los hechos involuntarios del hombre, son “la contrapartida de la exigencia de exteriorización de la voluntad. La sola voluntad, sin exteriorización actual o esperada, no es acción. La sola actividad externa, sin voluntad, no es tampoco acción. Se comprenden aquí todos los actos del hombre en que éste interviene como mero cuerpo físico, sujeto a otras fuerzas externas, de otros hombres o de la naturaleza, de tal modo que su voluntad en nada ha intervenido en la generación y dirección de la actividad”.⁵

Puesto que no hay delito sin acción, obviamente cuando no existe acción tampoco hay delito. Invariablemente ocurre así cuando falta una manifestación exterior, o sea, una modificación externa. No obstante, se prestan a dudas aquellos casos en que existe un hecho externo, pero respecto del cual hay una ausencia de voluntad que lo haya dirigido. Para resolverlos se ha establecido, como criterio general, que no hay acción cuando se puede afirmar que la persona involucrada sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin intervención de voluntad consciente en la conducción de dicho proceso causal.

La ley se ha referido a declarar exento de responsabilidad penal, en los siguientes casos: fuerza irresistible absoluta, sueño por causa fisiológica normal,

⁵ ETCHEBERRY: Ob. Cit. Pág. 127.

sonambulismo como movimiento inconsciente, hipnosis sometida en una persona, y reflejos que no son controlados por la voluntad.

El Código Penal ecuatoriano nos señala sobre la relación de causalidad (Art. 11), infracciones dolosas y culposas (Art.14), y la causa de inculpabilidad (Art.15), que establecen las modalidades de delitos de acción y delitos de omisión. En cuanto a la ausencia de acción, la fundamentación tendría que ser razonada de los artículos 18, 29.4, y 32.

Como podemos darnos cuenta, la imputabilidad de una persona en el cometimiento de un delito dependerá del grado de participación y responsabilidad en el mismo, donde debemos tener presente la intención dolosa o dañina con la que actúa para obtener el resultado deseado, o si aquello resultó más grave de lo que pretendía al momento de cometer el ilícito; sin descartar la posibilidad de que tal infracción sea derivada por causas de imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes, que obligatoriamente deberán ser analizadas por el operador de justicia al momento de resolver el caso.

Así mismo debemos tener presente que en cuanto a las circunstancias de la infracción y a la responsabilidad de la misma, una persona está exento de aquello cuando un acto ha sido ordenado por autoridad competente o ha sido producto por un acontecimiento de fuerza que no pudo resistir, que bien puede ser física donde se utiliza la violencia, o moral donde se pone en práctica actos de intimidación, lo cual acarrea la inimputabilidad de la persona en el cometimiento de tales actos.

De lo antedicho, sobre la relación de causalidad, describimos que el artículo 11 nos dice que: “Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la Ley como

infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende de la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”.⁶

Entendemos que la causalidad constituye un elemento de la acción en los delitos dolosos; pero, la relación de causalidad no es requisito imprescindible para que pueda afirmarse que hay responsabilidad penal, porque el Código Penal castiga la omisión, o sea, que no hay medios causales. Para el Derecho Penal, en relación de causalidad, los delitos dolosos serán únicamente relevantes cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible y que aparezca como realización de la conducta prohibida por la norma; y, en los delitos culposos, la relación de causalidad, solo será relevante cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible, pues solo entonces se apreciará una inobservancia del ciudadano objetivamente debido.

De las infracciones dolosas y culposas, nuestro Código Penal, en su artículo 14, lo formula así: “La infracción dolosa que es aquella en que hay el designio de causar daño, es:

Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y;

Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.

⁶ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 3

La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes”.⁷

Delimitamos que las infracciones penales se derivan de actos u omisiones imputables, al respecto y dentro de la clasificación de las acciones tenemos a la infracción de carácter doloso que abarca en su totalidad a los llamados delitos intencional y preterintencional, así como también a la infracción culposa que encuadra jurídicamente al delito inintencional, y se las puede entender así:

- DELITO INTENCIONAL.- Este tipo de delito lleva en sí el concurso de la intención manifiesta y positiva de irrogar un daño y para su mejor entendimiento conceptuaremos lo que significa el dolo como sinónimo de la intención dañosa, la misma que refleja enorme importancia en el estudio de la órbita penal.

- DELITO ININTENCIONAL.- En este tipo de delitos no existe la intervención del dolo y por supuesto la carencia total de la intención dañosa en la acción imputable, pero sí la figura jurídica de la culpa en donde participan otros elementos como exigibilidad de la atención y la prudencia.

- DELITO PRETERINTENCIONAL.- En el delito preterintencional se conforma una clase especial de delitos mixtos de dolo y culpa, como elementos necesarios para estructurar y edificar la responsabilidad del autor frente a la pena, en tal razón se advierte patente la intervención conjunta del dolo y la culpa en estos tipos de delitos.

⁷ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 3

En cuanto a la causa de inculpabilidad, el artículo 15 indica que: “La acción u omisión prevista por la Ley como infracción no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor”.⁸

Vislumbramos que en nuestra legislación median el caso fortuito o la fuerza mayor, como causas de inculpabilidad o exclusión de responsabilidad, que pueden absolver al sujeto en el juicio. Ya sea por el acontecimiento humano dañoso que era imposible evitar, caracterizada por la imprevisibilidad (caso fortuito) o por un suceso que es absolutamente imposible de remediar, típica de la inevitabilidad (fuerza mayor).

Por lo tanto, si al acto típicamente antijurídico le falta algún elemento de la culpabilidad o se dio alguna causa de inculpabilidad, el delito deja de ser tal.

Finalmente, la ausencia de acción la fundamentaríamos como el obrar no dependiente de la voluntad del hombre; y que, no siendo acción, no hay delito cuando median: la fuerza irresistible; reflejos, que provienen del automatismo del sistema nervioso; estados de inconsciencia; impresión paralizante, no actuar oportuna y adecuadamente cuando el sujeto está paralizado; estado de necesidad; legítima defensa; y, el hambre extremo, estos, como causales de la ausencia de la acción.

3.2. Delitos de omisión

“La omisión, en cuanto corporalmente se traduce en una inactividad o pasividad, también es físicamente apreciable para un observador, pero en cuanto omisión jurídicamente relevante, no puede ser singularizada sino con ayuda de la norma,

⁸ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 4

ya que la omisión no es mera pasividad, sino que es omisión de algo”;⁹ por eso, nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la Ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley; aunque, “se manifiesta como un voluntario no hacer algo, que debía haberse hecho y que se exterioriza (pues necesariamente en todo delito debe haber exteriorización), con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba”,¹⁰ puesto que: los de daño consumados, causan un daño directo y efectivo en interés jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio; y, los de peligro que no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

Sin embargo, nos refieren que: “el delito omisivo es al igual que el delito imprudente, una forma especial de aparición de la acción punible”¹¹ que pueden ser cometidos tanto dolosa como imprudentemente (culposa). Por otra parte, “la omisión en sí no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada”,¹² de aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción.

En otro análisis, la “omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (voluntariedad, finalidad y causalidad) deben estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Así, las causas

⁹ ETCHEBERRY: Ob. Cit. Pág. 141.

¹⁰ ALBÁN GÓMEZ, Ernesto: *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*; Tercera Edición, Ediciones Legales, Quito, 2006. Pág. 135.

¹¹ JESCHECK, J.: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*; Cuarta Edición, Editorial Comares, Granada, 1993. Pág. 431.

¹² MUNOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General*; Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pág. 237.

que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión. La posibilidad de acción es por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción como a la omisión”.¹³

Si partimos de que la acción es el comportamiento voluntario y final que, por ser elemento que ha de concurrir en todo tipo y que muchas ocasiones puede estudiarse con anterioridad al mismo, podemos llegar a la absurda conclusión de que los delitos de omisión no precisan estar constituidos por ningún comportamiento humano. Considerando para este razonamiento las opiniones antes mencionadas.

Consideramos además que; si los delitos de omisión consisten en no hacer algo, estaríamos en contra de lo exigido por alguna norma jurídico penal, cuando de lo que se trata es de la omisión delictiva y no de un comportamiento indiferente al castigo de la Ley. La expectativa de la acción no realizada debe encontrar su punto de referencia en la tipicidad, ya que si en el Código Penal se dice que el médico está obligado a auxiliar y no lo hace, el injusto de un delito de omisión consistiría en un no realizar la prestación obligada por una norma de mandato.

Para especificarlos, apreciamos que: “existen dos tipos de acción delictiva la primera puede consistir en un hacer algo, en la realización de un movimiento corporal: acción en sentido estricto; o en un no hacer algo, en segundo lugar: omisión pura o propia; o en una combinación de ambas posibilidades: comisión por omisión u omisión impropia”.¹⁴

Con esta orientación, los delitos de omisión se clasificarían en: delitos de omisión simple o propia, y delitos de comisión por omisión o de omisión impropia.

¹³ IBÍDEM.

¹⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español, Parte General*; Decimotercera Edición, Ediciones Dykinson, Madrid, 1990. Pág. 368.

3.2.1. Delitos de omisión simple o propia

Son aquellos que están tipificados expresamente por el legislador, como la omisión de prestar socorro. “Delitos en lo que según la figura delictiva, la conducta prohibida consiste en la no realización de una acción exigida por la ley. A la ley, en estos casos, le interesa que se realice una determinada acción y para ello, asocia su incumplimiento a una determinada sanción: el sujeto no hace lo que la ley le ordena hacer”.¹⁵

Pues, al igual que los delitos de acción, los delitos cometidos por omisión propia que están tipificados en la ley, y siendo típicos y antijurídicos, también el Derecho los sancionaba con una pena. Se lo puede precisar como “aquel comportamiento pasivo, expresamente tipificado, que el Derecho sanciona con una pena. Por lo tanto se trata de comportamientos descritos en tipos legales (no auxiliar, no impedir un delito, no prestar socorro, etc.)”.¹⁶

En sentido general, la omisión propia es un comportamiento concreto que se esperaba de un sujeto determinado, pues de su acontecimiento está pendiente la protección de un bien jurídico.

En otro razonamiento son: “aquellos en que el no hacer está previsto en la propia ley penal, es decir la omisión en cuanto tal está tipificada como delito. Esto significa que implícitamente dicha ley establece el mandato de actuar de una manera determinada (las normas penales ordinariamente contienen más bien una prohibición implícita: no matar, no sustraer, etc.)”.¹⁷

¹⁵ QUIRÓS PÍREZ, Renén: *Manual de Derecho Penal*; Tomo I, Editorial Félix Varela, Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002. Pág. 276.

¹⁶ QUINTERO OLÍVARES, Gonzalo: *Manual de Derecho Penal, Parte General*; Tercera Edición, Editorial Aranzandi, Madrid, 2002. Pág. 589.

¹⁷ ALBÁN GÓMEZ: Ob. Cit. Pág. 136.

Nuestro Código Penal establece la obligación de actuar de “manera determinada”; así: negar a prestar el servicio debido (Art. 235); incumplir la disposición legal u orden superior por morosidad, omisión o descuido (Art. 249); cobrar multas a título personal sin otorgar el recibo correspondiente (Art. 261); negar, rehusar o retardar la administración de justicia por cierto interés (Art. 277.4); la omisión del funcionario o agente de policía al juez, sobre la perpetración de un delito (Art.292); la omisión en el ejercicio de la profesión médica al descubrir un hecho que presente los caracteres del delito y no denunciar a la policía o juez, (Art. 293); no impedir la evasión de los prófugos condenados a prisión o reclusión, por parte de los encargados de conducirlos o guardarlos (Arts. 308 y 309); retener ilícitamente a un niño recién nacido (Art. 541); no socorrer o auxiliar a una persona en peligro de perecer (Art. 604.36).

La obligación en un sentido ético comporta una función de obligatoriedad para las acciones a las que se describe; aunque nada ni nadie, fuera de nosotros mismos, se está obligado a tener la necesidad de actuar de una manera determinada, y que otros lo puedan moralmente exigir. Hay que hacer lo correcto y evitar lo incorrecto, sino se está ligado a ello para actuar según la ley, caso contrario, rompería la obligación que sería considerado una falta con imputación de culpa y sanción.

Si bien es cierto que la omisión esta tipificada en la ley como delito; implícitamente, esta ley ya establece el mandato de actuar de una manera determinada; y, si de lo instituido por la ley se trata, vale asegurar que las normas legales garanticen la efectividad de cualquier acción que de ella se origine, cuando los actores del ejercicio de la función pública menoscaben la regularidad del funcionamiento de la administración de justicia.

Si de un buen funcionamiento de la administración de justicia se trata, entonces, esta debería controlar y observar cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta del

funcionario público, asimismo cuando se incurriere en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados o prestan sus servicios; además, cuando no se cumplan, con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados, o bien se incurra en falta o delito que genera responsabilidad civil o penal a ser sancionado.

Pensamos que de no ser así, se estaría generando una responsabilidad administrativa en la justicia o para la justicia en los casos ya señalados anteriormente por nuestro Código Penal, y cualquiera otra responsabilidad que establezcan la Constitución de la República y otras leyes.

Apreciamos que; al igual que los delitos de acción, los delitos cometidos por omisión propia estaban tipificados en la ley, y por supuesto, como eran típicos y antijurídicos, también el Derecho los sancionaba con una pena. Y en sentido general, la omisión propia es un comportamiento concreto que se esperaba de un sujeto determinado, pues de su acontecimiento estaba pendiente la protección de un bien jurídico. La norma preceptiva obliga al sujeto a la realización de un determinado comportamiento, o lo que es lo mismo; implica no hacer algo, que sin embargo es exigible al sujeto en cuestión de forma voluntaria, por tal motivo, se caracteriza por ser una conducta que no lleva a cabo cambio alguno en el mundo exterior, pero que implica no realizar algo que la Ley nos ordena.

3.2.2. Delitos de comisión por omisión o de omisión impropia

“Son delitos de omisión impropia aquellos que no están expresamente tipificados por el legislador, sino que surgen en virtud de un recurso interpretativo sobre la base de tipos (de comisión, en principio), pero que por su estructura permiten

también la omisión; tal es el caso del homicidio, para el cual basta matar a otro; luego también se puede matar a través de una forma omisiva (el ejemplo clásico de la madre que no amamanta a su hijo y lo deja morir de hambre). Se trata, pues de verdaderos delitos de omisión, en comisión por omisión”.¹⁸ Sin embargo, trae dispuesto una serie de explicaciones en cuanto a si es parte de la acción o de la omisión, o si constituye una figura independiente, y a su relación con el principio de Legalidad que instituye el Derecho Penal.

Asimismo, nos aclaran que “se da en aquellos delitos cuya tipicidad permite indistintamente que sean cometidos por acción o por omisión (son aquellos casos en que la ley contiene una prohibición implícita). En los delitos de comisión por omisión es todavía más importante tener en cuenta la regla que consta en el Art. 12 del Código Penal, ya que la conducta delictiva consiste precisamente en no haber cumplido el deber de haber impedido el resultado, que debió haberse impedido, lo cual, según agrega el artículo, equivale a ocasionarlo. Es en estos casos en que resulta especialmente importante el análisis de los factores relacionados con la mayor o menor gravedad que puede tener la omisión”.¹⁹

Generalmente se ha dicho que mientras los delitos de omisión propios parten del mandato que impone una acción sin que para su tipicidad haya que determinar si ella evitó o no el ataque al bien jurídico protegido, en los delitos de omisión impropios la realización del tipo depende de la producción de un resultado; esto es, que se haya perpetrado el ataque efectivo al bien Jurídico, y como a este resultado hace referencia el tipo del delito expresado como acción, en cuanto el mismo ataque se puede producir por medio de una omisión, es evidente que implícitamente dicho tipo hace referencia a ella aunque no la contenga en su literalidad; en tal caso el problema se reduce a establecer cuándo no evitar el resultado punible. Se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte General*; PPU, Barcelona, 1994. Pág. 432.

¹⁹ ALBÁN GÓMEZ: Ob. Cit. Pág. 136.

El siguiente concepto nos da a entender con más facilidad que es en concreto la omisión impropia; mismo nos dice que: “con bastante aproximación conceptual se ha dicho que los delitos de comisión por omisión son aquellos en los cuales el sujeto, no haciendo (conducta omisiva) causa una mutación en el mundo exterior (resultado comisivo)”.²⁰

A nuestro juicio; cuando se plantea la eventual comisión por omisión o de omisión impropia, como en el caso de no dar la medicación al enfermo hasta que muera, que consiste en un comportamiento pasivo y además un resultado positivo, pueden relacionarse. Pero el fundamento jurídico de la omisión impropia resulta mucho más difícil que la del delito de acción y resultado porque mientras que en éste la actuación positiva permite establecer, de acuerdo con las normas infringidas un nexo entre lo sucedido y el acto, en la omisión impropia siempre concurre otra causa (aquella que el autor pudo detener y no lo hizo) que ha sido la realmente determinante.

A ello se une una segunda e importante dificultad mientras que en los delitos de acción es relativamente fácil individualizar el autor pues es al fin y al cabo el que ha actuado, en los de omisión impropia no es tan fácil la imputación del resultado, pues es complejo el camino que va desde la consideración de que no ha actuado nadie hasta la decisión de afirmar que de entre los que no han actuado, que pueden ser muchos, éste o aquel es el responsable de lo sucedido.

3.3. Conductas dolosas

Todas las conductas definidas como faltas, tienen una exigencia normativa al punto de ser adecuadas típicamente, en aras de garantizar el principio de libertad, autonomía y autodeterminación de la persona humana destinataria de la ley.

²⁰ QUIRÓS PÍREZ: Ob. Cit. Pág. 284.

“Se requiere la existencia de dolo o la culpa para que el comportamiento realizado por un sujeto sea posible de calificarse como delito y; además, la existencia del comportamiento prohibido u ordenado. Si el cumplimiento del tipo penal es parcial la tipicidad no existe”.²¹

Se reconoce en la acción y en la omisión dos realidades diferentes, por cuya causa se acepta la necesidad de reconocer delitos comisivos y omisivos; y, dentro de ellos: delitos dolosos y culposos. Las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de la personalidad tanto como las omisiones. E incluso la omisión por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contraria a la prohibición, como obra suya.

El dolo últimamente está caracterizado como: “la producción de un resultado típico y antijurídico con conocimiento y representación del mismo que se quiere o ratifica”.²²

Lo antedicho denota que: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.²³ Se Individualizan acciones por la incorporación del resultado al programa causal finalmente dominado por el agente. El autor ha querido la realización del hecho típico, habiendo coincidencia entre lo que el autor hizo y lo que quiso.

²¹ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel: *Manual de Derecho Penal – Parte General*; Tercera Edición, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 2005. Pág. 202.

²² PUIG PEÑA, Federico: *Derecho Penal*; Tomo I, Segunda Edición, Barcelona, 1950. Pág. 260.

²³ HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal – Parte General I*; Tercera Edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2005. Pág. 449.

También nos explican que: “La persona que actúa dolosamente debe tener conciencia de los hechos que ejecuta (acciones u omisiones) y debe representarse mentalmente el resultado delictivo que esos hechos son capaces de producir (muerte de una persona, en el caso de homicidio; sustracción de un bien ajeno, en el caso de hurto; acceso carnal contra la voluntad, en el caso de violación, etc.). Algunos autores sostienen además que, para que exista dolo, el sujeto activo debe conocer también que su acto es antijurídico, o sea que lesiona un bien que tiene una especial protección legal. Sin embargo tal criterio produce dificultades frente a un Código como el nuestro que presume que la ley es conocida por todos y que su ignorancia no excusa a nadie”.²⁴

A veces pueden concurrir en ciertos delitos circunstancias que funcionan como agravantes o como atenuantes, que sirven para modificar la responsabilidad penal, labor que para algunos forman parte del injusto.

El artículo 14 de nuestro Código Penal en su parte pertinente dice: “La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño, es:

Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión...”.²⁵

El artículo 33 del mismo cuerpo de leyes habla de la presunción del dolo y textualmente manifiesta: "Repútese como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario, excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo", artículo éste que debería derogarse puesto

²⁴ ALBÁN GÓMEZ: Ob. Cit. Pág. 196.

²⁵ CÓDIGO PENAL: Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito, 2009. Pás. 3 y 4.

que entra en contradicción con la Constitución de la República, que en su artículo 76 numeral 2 textualmente dice: "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada", por lo mismo no puede existir presunción del dolo porque se estaría violentado las normas del debido proceso. El éxito de un proceso penal enmarcado en la ley y el derecho radica en que se cumpla a cabalidad con las reglas del debido proceso.

La doctrina foránea y los penalistas modernos condenan toda forma de presunción del dolo, porque tal actitud es facilista y contraria a los elementales principios que gobiernan el proceso penal.

3.4. Conductas culposas

En Derecho se concreta a la conducta culposa, como una omisión que produce un resultado descrito y sancionado en la ley penal, a causa de no haber previsto ese resultado siendo previsible, o se previó confiando en que no se produciría, en virtud de no observar un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. Las conductas culposas encuentran su fundamento en la obligación que impone el derecho al agente de actuar observando todas las precauciones necesarias para la conservación del orden jurídico, le impide alterar o resquebrajar dicho orden.

Entonces, "no todos los delitos tienen una modalidad culposa. Los casos más frecuentes se refieren a los delitos contra las personas a los cuales se afecta en su vida o salud, u otros bienes jurídicos de gran importancia; o en aquellos casos de riesgo en que se exige de las personas un cuidado especialísimo (infracciones de tránsito)".²⁶ Es que la tipicidad culposa se satisface con un conocimiento factible del peligro de los bienes jurídicos, sin que requiera el conocimiento

²⁶ ALBÁN GÓMEZ: Ob. Cit. Pág. 199.

efectivo de dicho peligro, es decir, que la tipicidad culposa se contenta con la forma inconsciente, sin que sea necesaria la culpa consciente o con representación.

3.4.1. Tipos de actuación culposa

Puede decirse que hay culpa en toda conducta que puede presentarse en dos tipos: consciente e inconsciente.

Consciente.-Se presenta cuando el sujeto activo prevé como posible la presentación de un resultado típico, el cual no solo no lo quiere, sino que espera que no ocurra.

Inconsciente.-Se presenta cuando la persona no prevé la posibilidad de que se presente el resultado típico, a pesar de que debió de haberlo previsto.

Actualmente pocos son los que discuten en torno a la existencia de una culpa consciente y una culpa inconsciente, la primera se presenta cuando, si bien no se quiere causar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo, si el sujeto deja de confiar en esto, concurre el dolo eventual; la segunda supone que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad.

Previo a abordar las cuestiones específicas que pueden plantearse en materia de culpa médica, se hace necesario referirnos al tema general de la culpa y su tratamiento en el derecho penal.

La imputación de un hecho a una persona, a título de culpa, en nuestro ordenamiento jurídico se da tal como lo señala el inciso 5 del Art. 14 del Código Penal que en su parte pertinente señala que: “ ... La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamento u órdenes”.²⁷

Ahora bien, la culpa en su esencia, consiste en la voluntaria inobservancia de aquellas normas de conducta que imponen al hombre que vive en sociedad la obligación de obrar con prudencia y diligencia o con el cuidado debido, a fin de evitar determinados resultados de daño o de peligro para los intereses jurídicamente protegidos.

Una vez establecido el concepto de culpa y la definición que hace nuestro Código Sustantivo Penal, observamos de ellas las formas básicas de culpa, en diversas figuras de delitos donde se hace referencia a la imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes.

De lo expresado así, en forma general podemos concluir que el delito culposos exige los siguientes elementos:

—Un comportamiento voluntario: Lo cual es exigencia fundamental para que se configure un delito culposos, la acción u omisión del sujeto sea voluntaria, esto es, que ponga de manifiesto tal comportamiento a la intervención del ser humanos como tal. Este es un elemento común a todos los delitos, dolosos o culposos, y es la mínima exigencia para que un hecho tenga importancia penal.

²⁷ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 4.

—La involuntariedad del hecho: Para que se configure el delito culposo se requiere que el hecho producido o el resultado sea involuntario, diferenciándose en este aspecto con el delito doloso en el que existe el primer elemento y además hay la voluntad del agente para que se produzca el resultado.

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

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

3.4.2. Formas de actuación culposa

Se verifica por cuatro formas de actuación culposa:

— Negligencia.- Descuido en el actuar. Omisión consciente, descuido por impericia o dejar de cumplir un acto que el deber funcional exige.

— Imprudencia.- Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos.

— Impericia.- Falta de pericia. Insuficiencia o falta de aptitud para el ejercicio de una profesión o arte.

— Inobservancia de la ley.- Consiste que al desempeñar ciertas actividades o cargos, el sujeto omite cumplir los deberes impuestos por los reglamentos u ordenanzas.

Hay que indicar que un profesional, en su ejercicio, puede incurrir simplemente en imprudencia, negligencia o inobservancia, sin cuestionarse su sabiduría, práctica o habilidad como por ejemplo en el caso de un profesional muy experto o hábil que realice un acto estando ebrio (imprudencia), o que incurra en fallas de atención u olvidos (negligencia), o que no observe normas destinadas a evitar daños a terceros (inobservancia).

3.5. Conductas negligentes

La negligencia: “Es vocablo que proviene también del latín NEGLIGO: descuido y NEC – LEGO: dejo pasar. Es el descuido, omisión o falta de aplicación o diligencia, en la ejecución de un acto médico. Es decir, es la carencia de atención durante el ejercicio médico. Puede configurar un defecto o una omisión o un hacer menos, dejar de hacer o hacer lo que no se debe. Es no guardar la precaución necesaria o tener indiferencia por el acto que se realiza. La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Es la forma pasiva de la imprudencia y comprenden el olvido de las precauciones impuestas por la prudencia, cuya observación hubiera prevenido el daño”.²⁸ En definitiva, el fundamento de la incriminación en la imprudencia y en la negligencia es la imprevisión por parte del médico de un resultado previsible.

²⁸ MOISÉS PONCE, Malaver: Director de la División Central de Exámenes Médicos-legales; página 6, disponible en Web: <http://unslgderechomedlegalamericas.tripod.com/> (consultado el 20 de Agosto del 2009).

“La negligencia, que es la forma básica de la culpa, se traduce en descuido y desatención, en falta de precaución y cuidado en lo que se realiza, en no prever lo previsible. Es en el fondo una especie de pereza psíquica. Por cierto que la negligencia será tanto mayor cuanto más precaución requiera la ejecución del hecho. Ambas modalidades de la culpa presentan un denominador común: el cumplimiento de un deber de atención y cuidado, que es de la esencia de esta especie de la culpabilidad desde el punto de vista normativo”.²⁹ Es importante plantear que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y en pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos.

“Se traduce en una falta de actividad: se pudo haber evitado el resultado desplegando más actividad que la desarrollada”.³⁰ Que en cierto grado; es el resultado de un error del proveedor de cuidados de salud, en suministrar el nivel esperado de cuidados, ya que los profesionales de la salud están obligados por su juramento hipocrático a observar el máximo cuidado en sus pacientes.

“La inactividad no ha creado el riesgo, pero la actividad pudo haberlo evitado”.³¹ Comúnmente tiene que ver con fallas o errores en diagnosticar en el tiempo correcto y en ordenar un tratamiento apropiado, ordenando los exámenes necesarios y la medicación pertinente, consultando con especialistas; y en intervenciones quirúrgicas.

Del mismo modo. “La negligencia significa descuido, omisión, dejadez, abandono, falta de cumplimiento a un deber impuesto. Significa además, olvido, quemeimportismo, pereza volitiva. Por negligencia, por descuido, bien puede el médico no atender en forma oportuna al paciente y dejarlo sufrir, padecer y

²⁹ LABATUT GLENA: Ob. Cit. Pág. 152.

³⁰ SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*; Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963. Pág. 142.

³¹ ETCHEBERRY: Ob. Cit. Pág. 222.

causarle un daño mucho mayor, que se lo podía evitar si la atención era inmediata y eficaz”.³²

Debido a su captabilidad para diversas manifestaciones jurídicas, el vocablo es utilizado por varias ramas del derecho positivo, algunas veces lo recibe en su acepción genérica; otras, atribuyéndole una significación más particular y a veces enteramente precisa. Los distingos se producen en consideración a los efectos perjudiciales para quienes incurren en ella.

Esos efectos se resuelven en consideraciones jurídicas de diverso orden. Así; en la esfera de derecho sustantivo, significan extinción de derechos o un determinado grado de responsabilidad; en el ámbito de derecho procesal se resuelven en decaimiento o pérdida de las facultades concedida por la ley ritual, que impide la prosecución de una actividad determinada en el ámbito del proceso.

El grado de responsabilidad deviene con la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas que pueden comportar una acción; por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza o por error en la administración de medicamentos o en la ejecución de operaciones o en la emisión de juicios científicos, en las actuaciones periciales o, en fin, en cualquier acto en que intervenga en calidad de facultativo.

Por tanto tenemos que al comprometerse una persona con una profesión relacionada con la salud, lo está haciendo con la vida misma, y el momento que falte a su obligación realizando lo que no debía o dejando de hacer lo debido, responderá ante la sociedad misma, a través de sus órganos judiciales, sea en

³² JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman y GUZMÁN REGALADO, Jaime: *La Obligación y Responsabilidad Médica*; Facultad de Jurisprudencia Universidad Nacional de Loja, Loja, 1993. Pág. 126.

forma independiente a las consecuencias administrativas de amonestaciones, suspensiones, etc.

3.6. La inobservancia de ley, reglamentos y disposiciones administrativas en el campo médico

Conceptualmente se lo enuncia como “la falta de acatamiento a las normas y reglamentos advertidos al médico para el fiel cumplimiento de sus deberes y obligaciones en el lugar de su trabajo. Significa también inobservancia que meimportismo a las órdenes impartidas por la Autoridad. La desobediencia trae responsabilidad culposa. Así todo procedimiento clínico o quirúrgico complejo que entrañe algún peligro para el paciente podrá efectuarse solamente en centros técnicos que garanticen la seguridad de dicho procedimiento”.³³

Así: las leyes, reglamentos, ordenanzas y disposiciones de la autoridad; tienen por objeto tomar medidas propias para evitar accidentes o daños, para la seguridad pública y para la sanidad colectiva; sin embargo, hay quienes no observan las normas destinadas a evitar daños a terceros.

Para empezar a tratar este tema hay que señalar categóricamente que en el Código Penal ecuatoriano no está tipificado como delito la “mala práctica médica”, sin embargo de lo cual, la culpa médica para juzgarla se trata de adecuarla a varios tipos penales contenidos en el Capítulo I de los delitos contra la vida, contenido en el Título VI de los delitos contra las personas, Libro Segundo del Código Penal, que sin ser adecuadas pueden considerarse las siguientes disposiciones del citado Código:

³³ JARAMILLO ORDÓÑEZ y GUZMÁN REGALADO: Ob. Cit. Pág. 127.

Homicidio inintencional: El artículo 459 del Código Penal reza: “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.”³⁴ La falta de previsión o de precaución determina que se trata de un delito culposo. La sanción que el legislador ha previsto para este delito es de tres meses a dos años.

Lesiones inintencionales: El artículo 472 señala: “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial.”³⁵ En este caso, también se trata de un delito culposo que se verifica por negligencia.

Hay que señalar que estos delitos culposos se convierten en dolosos, y por ende reciben una mayor sanción, cuando lejos de lo que indican estos dos artículos a los que nos hemos referido, el agente delictuoso, actúa en su práctica profesional con la intención de causar daño a su paciente.

“Por su parte la inobservancia de normas y procedimientos es una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrita, dispuesta con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente. Puede circunscribirse a la esfera administrativa si no ocasiona daño al paciente”.³⁶

³⁴ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 90.

³⁵ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 92.

³⁶ MOISES PONCE, Malaver: Director de la División Central de Exámenes Médicos-legales; página 9, disponible en Web: <http://unslgderechomedlegal.americas.tripod.com/> (consultado el 20 de Agosto del 2009).

La conducta médica es punible cuando se determina la inobservancia de las obligaciones y de las prohibiciones enunciadas de manera concreta en la ley que regula el ejercicio de la profesión, y que son determinantes a la hora de evaluar la acción médica.

Asimismo; pese a ser regulado su ejercicio, al darse el caso de mala práctica médica, se inobserva principios constitucionales y legales, así:

— La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 32 establece que la salud es un derecho que garantiza el Estado, ampliándolo claramente en los artículos 358 y siguientes, que concierne precisamente lo relativo a la salud; de la igualdad de las personas, instituida en el numeral 2 del Art. 11 de la misma Carta Magna; y, el Art. 326 numeral 15, sobre formas de trabajo y su retribución, que prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud.

— La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; mismo manifiesta en el Art. 25, que “toda persona tiene derecho al nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”³⁷

— La Ley Orgánica de Salud, antes Código de Salud; que no obstante de las nuevas reglas sancionatorias de toda infracción, serán observadas por la autoridad sanitaria nacional, como en el pasado, si no se inquiera otra política.

Señalamos particularmente, los siguientes artículos:

Art. 194.- “Para ejercer como profesional de salud. Se requiere haber obtenido título universitario de tercer nivel, conferido por una de las universidades

³⁷ AULA: *Educación Cívica – Ecología*; Cultural S.A., Madrid, 1994. Pág. 55.

establecidas y reconocidas legalmente en el país, o por una del exterior, revalidado y refrendado. En uno y otro caso debe estar registrado ante el CONESUP y por la autoridad sanitaria nacional”.

Art. 199.- “Corresponde a la autoridad sanitaria nacional la investigación y sanción de la práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el ejercicio de las profesiones de la salud, sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria”.

Art. 202.- “Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de:

- a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;
- b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;
- c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,
- d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional”.

Art. 204.- “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”.³⁸

³⁸ LEY ORGÁNICA DE SALUD: Registro Oficial; Año II – Quito, Viernes 22 de Diciembre del 2006 – Nro 423. Artículos 194, 199, 202 y 204.

— De la Ley de la Federación Médica de 1979 y reformada en 1989, se ha esperado el cumplimiento tesorero, sin exclusividades, las siguientes disposiciones:

Art. 3.- “Son fines de la Federación Médica Ecuatoriana:

- a) Servir al pueblo ecuatoriano, en guarda de la salud pública;
- b) Defender los derechos profesionales de sus miembros y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones;
- c) Procurar el progreso científico de la medicina y de los médicos;
- d) Cooperar para la mayor eficiencia de los servicios de salud en el país y promover dichos servicios;
- e) Coadyuvar a las reformas de educación médica;
- f) Colaborar en la educación para la salud del pueblo ecuatoriano, especialmente en el medio rural;
- g) Controlar el ejercicio de la Medicina en sus aspectos ético científico y técnico;
- h) Fomentar la solidaridad y la mutualidad entre los federados;
- i) Colaborar con el Ministerio de Salud Pública y demás entidades, en sus planes y proyectos relacionados con la salud y el bienestar del pueblo ecuatoriano;
- j) Establecer y mantener la Caja Mutual y un sistema de protección del médico;
- k) Promover una adecuada distribución de los médicos en el país, y
- l) Los demás relativos a su calidad de Institución Científica, profesional y clasista”.

Art. 24.- “El Tribunal de Honor juzgará la conducta profesional de los médicos, afiliados o no, y emitirá su fallo en el plazo no mayor de 60 días en los siguientes casos:

- a) Actuaciones públicas que menoscaben el prestigio de la clase médica, de sus organismos o de sus miembros;
- b) Quebrantamiento del Código de Ética profesional;
- c) Negligencia en el cumplimiento de la práctica profesional;
- d) Divergencia entre médicos, en relación con sus deberes profesionales, y
- e) Actuaciones que demuestren parcialización en los Tribunales de concursos o en las apelaciones”.³⁹

Consecuentemente, podemos darnos cuenta que no se ha asumido la gran responsabilidad de hacer efectivo el derecho a la salud de los ciudadanos, a la seguridad jurídica que estipula nuestra Constitución, limitándose únicamente a establecer lineamientos y juzgar comportamientos irrelevantes de los profesionales de la salud, pero no los casos que nos ocupa en la presente investigación.

3.7. El sujeto pasivo del delito culposo

El “sujeto pasivo o víctima del delito es, en sentido amplio, la sociedad, porque todo delito importa un atentado a sus condiciones normales de existencia; y, en sentido propio lo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción delictiva”.⁴⁰El sujeto pasivo es el ofendido que puede presentarse como

³⁹ LEY DE LA FEDERACIÓN MÉDICA ECUATORIANA: Arts. 3 y 24; Citado por JARAMILLO ORDÓÑEZ y GUZMÁN REGALADO. Ob. Cit. Págs. 136, 142 y 143.

⁴⁰ LABATUT GLENA: Ob. Cit. Pág. 187.

acusador particular al sujeto activo, que es el imputado en el proceso o acusado cuando ya se ha dictado auto de llamamiento a juicio en su contra.

Otra enunciación nos dice que: “Es el individuo que recibe el comportamiento realizado por sujeto activo. Puede distinguirse entre: Sujeto pasivo de la acción —persona que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo—; y el Sujeto pasivo del delito —es el titular o portador del interés cuya esencia constituye la del delito, bien jurídico protegido—. Generalmente, los sujetos coinciden, pero hay casos en los que se los puede distinguir, como por ejemplo, referido a la estafa, una persona puede ser engañada —sujeto pasivo de la acción— y otra recibir el perjuicio patrimonial —sujeto pasivo del delito—. Caso diferente se presenta en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, donde necesariamente el sujeto pasivo de la acción y del delito coinciden”.⁴¹

Consideramos que el sujeto pasivo es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro, mismo le corresponde a la persona (colectiva o individual); a la sociedad en los delitos contra la familia, porque es la base de ésta; o, al Estado si vulneramos ese interés llamado seguridad. Si violamos la seguridad común, la fe pública, la economía, la industria, en el comercio aparece otro sujeto pasivo: la persona colectiva o la empresa.

Pueden ser sujetos pasivos en los siguientes casos: el concebido en el aborto; durante su vida en el infanticidio, en el homicidio; y, los herederos del cadáver en la profanación de sepulcro.

En el robo, en el plagio, en la calumnia, en las injurias, en la violación, etc., la persona individual es sujeto pasivo. Su bien jurídico vulnerado en el robo es su derecho al patrimonio; en el plagio su libertad; su honor en la calumnia; su crédito en las injurias y su pudor en la violación.

⁴¹ BRAMONT-ARIAS TORRES: Ob. Cit. Pág. 179.

Tratándose de personas colectivas como las sociedades comerciales, los perjuicios son esencialmente de carácter económico y contra su propiedad como ser en el robo y el hurto.

El Estado puede ser víctima contra su seguridad interna o externa o sus fondos y caudales. Se considera víctima a la colectividad, no a cada uno de sus integrantes por separado. El Estado puede ser: sujeto pasivo genérico, en el caso de un homicidio; sujeto pasivo único, en delitos contra la forma de gobierno o sujeto pasivo junto a otros, en expedición de moneda falsa, cohecho.

También puede ser sujeto pasivo la sociedad cuando se va contra su fe pública con los delitos de falsificación de moneda, falsificación de documentos, de crédito público.

Puede ser víctima también de delito una colectividad de individuos no personificados jurídicamente; por ejemplo, las cortes de justicia, que es una colectividad sin personalidad que constituyen una colectividad dedicada a la administración de justicia.

Por último; los animales nunca son sujetos pasivos, son objetos materiales del delito, pero son protegidos por leyes para evitar su extinción.

Explicamos entonces, cual es el sujeto pasivo; y, la diferencia entre objeto material y objeto jurídico del delito:

3.7.1. Sujeto pasivo

Es la persona física sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Se le llama también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, (patrimoniales y contra la nación). Estrictamente el ofendido es quien de manera indirecta desconoce el delito: ejemplo, los familiares del occiso.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en que circunstancias: como el aborto, solo el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo.

3.7.2. Sujeto pasivo de la conducta

Es la persona que de manera directa desconoce la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado.

3.7.3. Sujeto pasivo del delito

Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

Ahora diferenciamos el objeto o cuerpo del delito, que tiene dos significados: entre una de orden penal, el objeto material; y, otra de orden procesal, el objeto jurídico.

El sujeto pasivo del delito llamado también víctima del delito, es en sentido amplio la sociedad en general, porque todo delito importa un atentado a sus condiciones normales de existencia, altera la paz social; y en sentido propio lo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción delictiva.

Puede ser la persona individual o colectiva, por ejemplo en los delitos contra la vida, contra la propiedad, contra el honor, la sociedad, el Estado, por cuanto un bien pertenece a la persona (colectiva o individual) a la sociedad o al estado.

El ser humano puede serlo durante su vida intrauterina, por ello que la ley penal castiga al aborto, como también los delitos contra su existencia. No así los cadáveres no pueden ser sujetos pasivos del delito, porque su existencia legal termina con la muerte. No obstante la ley penal reprime las acciones que atentan contra las sepulturas, esto en razón de que la ofensa a un cadáver afecta directamente a sus deudos e indirectamente a la sociedad. Los animales antiguamente eran sujetos y pasivos del delito, en la actualidad, no son sujetos pasivos del delito. Sin embargo la ley los protege en interés del propietario, en defensa de su patrimonio; o, del interés público, como por ejemplo prohíbe la caza, la pesca, con el objeto de evitar la extinción de ciertas especies.

Como habíamos dicho anteriormente el estado también puede ser sujeto pasivo genérico del delito, como en el caso de un homicidio, por que se altera la paz social y es el Estado el que está obligado de velar por su vigencia, a precautelar la vida de las personas. Puede ser sujeto pasivo único del delito como por ejemplo los atentados que afectan a la seguridad interna y externa; los que atentan contra la soberanía nacional; o, sujeto pasivo junto a otros, como el delito de cohecho, los delitos contra la fe pública, como la falsificación de la moneda, documentos públicos; delitos contra una colectividad, como los cometidos contra la Corte Provincial de Justicia de un Distrito, que es una institución, sin personería jurídica propia, dedicada a administrar justicia.

Es necesario precisar que el sujeto pasivo de la persona perjudicada con el delito, esto es la que ha sufrido el daño, la que debe ser indemnizada, personas que no necesariamente coinciden ya que el perjuicio patrimonial o moral puede recaer sobre la propia víctima como en los casos de robo, hurto, lesiones, o también puede recaer sobre un tercero, como sucede en el caso de un homicidio, un asesinato, un secuestro, etc.

Por ello bien lo señala el profesor Guillermo Cabanellas de Torres en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, que sujeto pasivo del delito, es: “La víctima de éste; quien en su persona, derechos o bienes, o en los de los suyos, ha padecido, ofensa penada en la ley y punible por el sujeto activo. Aunque se personalice siempre el sujeto pasivo del delito, en ciertas infracciones no hace sino trasladarse a la colectividad, en alguno de sus grados; como la sociedad o el Estado”⁴².

3.7.4. Objeto material

Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se coloca dicha persona o cosa.

Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo y el objeto material, por tanto, la persona puede ser física o jurídica (el homicidio, lesiones y difamación). En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, coincide con el sujeto pasivo del delito.

⁴² Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas de Torres, Tomo 7. Pág. 635, 29 ava. Edición, Editorial Heliasta.

3.7.5. Objeto jurídico del delito

Es el interés jurídicamente tutelado por la ley. El derecho penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos.

Al derecho le interesa tutelar la vida de las personas; así, el legislador crea los delitos de salud, homicidio, aborto y participación en el suicidio, homicidios en razón del parentesco o relación con lo cual pretende proteger la vida humana.

3.8. El sujeto activo del delito culposo

Consideramos a manera de concepción que; indudablemente, en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal. Esto no implica necesariamente que, por ese solo hecho, pueda ser considerado como sujeto activo del delito, pues esta calidad la adquiere cuando se dicta la resolución judicial condenatoria. No obstante, habrá sido objeto de los actos y formas del procedimiento, razón por la cual se le debe calificar, en tal caso, como supuesto sujeto activo, nombre aplicable en términos generales, sin desconocer las otras denominaciones que adquiera conforme al momento procedimental de que se trate.

En la actualidad, el hombre es el único autor o posible autor de delitos, pero esto no siempre ha sido igual, antiguamente, entre los árabes y los hebreos, los animales y los difuntos fueron considerados sujetos autores de delitos. El ser humano era tan sólo instrumento de investigaciones y material probatorio. Posteriormente, al adquirir carta de naturalización la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, el hombre pasó a ser, en todos los regímenes democráticos, un sujeto de derechos y obligaciones, y su calidad de "parte", se

acentúa en forma plena en el sistema acusatorio, en el cual, dentro de la relación jurídico-procesal es la figura principal en torno al cual, gira todo el proceso. “Cuando de persona se habla, surge la necesidad de establecer si sólo la conducta humana (persona natural) puede ser fuente generadora de delitos o si también es posible exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas”.⁴³

En el caso de las personas jurídicas, se cuestiona la posibilidad de ser consideradas también como potencial sujeto activo del delito; o, la alternativa de extender la responsabilidad penal, ya que muchos delitos se cometen a través de ellas, utilizando sus dependencias, personal, documentos y las facilidades que eximen responsabilidades.

Sobre la cuestión referida, “se ha desarrollado una amplia tendencia a considerar que no puede seguirse hablando exclusivamente de la responsabilidad de los individuos que dentro de las personas jurídicas realizan tales actos, sino que, en la política criminal de un estado, debe preverse la posibilidad de que también las propias personas jurídicas sean calificadas como sujetos activos de delito y, por lo tanto, sancionadas penalmente, con el peso moral y social que tiene la sanción penal”.⁴⁴ Dicha posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica, se ha dado en algunos países anglosajones, y últimamente en el nuevo Código Penal Francés.

Implícitamente en nuestra legislación se han implantado normas que puedan abrir el camino a seguir. La Constitución posibilita tal incriminación (Arts. 98, 215 numeral 3, 52 y siguientes de las personas usuarias y consumidoras); el Código Tributario responsabiliza a las personas jurídicas (Art. 321); y la ley que reprime el lavado de activos, puede extinguir la personería jurídica determinándola en la sentencia condenatoria (Art. 17). Con estas pautas, la legislación podría extender

⁴³ LABATUT GLENA: Ob. Cit. Pág. 185.

⁴⁴ ALBÁN GÓMEZ: Ob. Cit. Pág. 116.

la responsabilidad penal a las personas jurídicas y naturales involucradas, para que respondan de los delitos cometidos.

Siendo así; en el campo médico, ya no se justificaría el hecho ilícito. La responsabilidad de las personas jurídicas; entonces, a más de responder las personas naturales responsables de los mismos, como lo determina el Código Penal (Arts. 364 y 577), se podría aplicar multas, inhabilitaciones o cancelación de la personería; y, finalmente, poder extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas, construyendo un Derecho Penal con características específicas que sería socialmente necesario según la gravedad de los actos realizados.

Calificar impropiaamente al supuesto sujeto activo del delito no sólo es demostración de un atraso inconcebible en esta materia, sino también, conduce a situaciones injustas para quien por efecto de la denuncia se ve sujeto a ciertos actos procedimentales (de acuerdo al Código de Procedimiento Penal), y no bajo el Código Penal que caen pocos.

3.9. La mala práctica médica como una conducta de carácter culposa

En la antigüedad casi no se conoció la figura del delito culposo. Algunas legislaciones de Oriente, como la babilónica, contenida en el famoso Código de Hammurabi, llegaron a establecer la distinción entre el hecho querido y el voluntario. La Biblia castigaba benignamente los pecados por ignorancia y por error. En Grecia se penaba a los médicos que por impericia dejaban morir a los enfermos y a los individuos que en los juegos públicos matasen sin premeditación al adversario.

El derecho romano clásico fue el inspirador de la distinción al establecer la figura de la culpa aquiliana, figura delictuosa con todas las categorías de la falta de diligencia, tales como la culpa lata, leve, y levísima

El derecho canónico se desarrolló en las teorías del libre arbitrio; pero, la influencia del viejo derecho romano, del derecho germánico y del franco, inspirado en el castigo del resultado, modificó la concepción de la Iglesia y fue aceptada en las leyes penales la figura del delito culposo. Por último, la escuela positivista pondera el castigo en virtud del principio de la responsabilidad social, porque sus actos son antisociales y la sociedad debe usar de su derecho de defensa social, para lo cual ha destacado la figura de la culpa en las acciones u omisiones.

Es así que: en todos los tiempos y en las distintas civilizaciones hubo médicos que, aunque con distintas metodologías o creencias, debieron responder de su bien hacer, ya fuese ante el pueblo, el Juez o el Jefe de la Tribu y lo que se transformó a lo largo de los tiempos, fueron los conceptos de culpa y pena.

3.9.1. La mala práctica médica

“Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable”.⁴⁵ Comúnmente lo que denominamos “la mala práctica médica”, es la actuación culpable que ocasiona daños materiales o morales a las personas a quienes se les presta el servicio. La culpabilidad se

⁴⁵ IRAOLA, Lidia Nora y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Hernán: *Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica*; disponible en Web: http://www.ama-med.org.ar/servicios_profesional2.asp?id=14 (consultado el 21 de Julio del 2009).

manifiesta no solo en forma voluntaria, en el deseo expreso de ocasionar un daño, que se califica como dolo, sino también cuando por falta de previsión dicho daño se ocasiona, o cuando por imprudencia tiene cumplimiento, es decir que, aunque no se quiera el daño o resultado, éste se presenta como consecuencia de un acto imprudente o de uno negligente. La primera es la responsabilidad dolosa, la segunda, responsabilidad culposa.

En el caso de la mala praxis médica podríamos señalar tres tipos:

- Deliberada mala práctica, cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación en la que sabe que se pondrá en peligro o se causará la muerte al paciente a su cargo.
- Mala práctica por negligencia, que comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal ó deshonesto, pero si una obvia negligencia respecto de las necesidades del paciente.
- Mala práctica por ignorancia, cuando se ha administrado las medicinas inapropiadamente (no adecuadas o en una dosis incorrecta).

En la actualidad, la profesión médica se rige por el principio de la presunción de responsabilidad del médico hasta que se pruebe lo contrario. Luego, de máxima importancia es la demostración precisa en un caso concreto de la existencia de una mala práctica médica. A este respecto hay que añadir, que la prestación médica implica tantos matices, es de una apreciación a veces tan poco objetiva, que su interpretación puede ser muy diferente de unos casos a otros, llegando al extremo de dar lugar a plena incertidumbre de hasta dónde puede alcanzar la exigencia respecto de la misma; incluso, no hay interpretaciones únicas en cuanto al grado y naturaleza de la falta generadora de responsabilidad.

Se trataría en último caso, de establecer si el médico ha cumplido con su obligación respecto a una persona determinada, si ha ejercido una actividad destinada a diagnosticar y aplicar los recursos necesarios para curarlo, aliviarlo, rehabilitarlo, y si ello no era posible, al menos si los ha aplicado para reducir sus dolores.

No podemos dejar de mencionar que el ejercicio de la Medicina, conlleva siempre una suerte de riesgos, y a medida que se han ido incorporando nuevas tecnologías y una mayor sofisticación técnica, dichos riesgos, así como han disminuido también se han incrementado. Se torna cada vez más necesario mantener al paciente informado respecto de los riesgos que determinadas técnicas diagnósticas, tratamientos quirúrgicos o medicamentosos acarrearán.

3.9.2. Responsabilidad penal

Anteriormente manifestamos que la profesión médica se rige por el principio de la presunción de responsabilidad del médico hasta que se pruebe lo contrario; por tanto, desde el punto de vista jurídico, el delito hace surgir la responsabilidad penal, que es la que proviene de la comisión de un delito o cuasidelito – modernamente llamado delito culposo – y que busca imponer un castigo de índole punitivo o sanción penal, al sujeto culpable del ilícito, ya sea en su calidad de autor, cómplice o encubridor.

La responsabilidad penal no es otra cosa que el estado de sometimiento en que se encuentra el individuo que ha tomado parte en la ejecución de un delito frente a la potestad punitiva estatal, y que se traduce en tener que soportar la aplicación de la pena prevista en la ley por la ejecución de ese hecho delictivo.

La responsabilidad penal tiene un carácter estrictamente individual; sólo debe hacerse efectiva en quien comete el delito. Las personas jurídicas no son penalmente responsables, sino que por ellas responden las personas naturales que intervienen en ellas.

Únicamente puede establecerse responsabilidad penal frente a conductas externamente apreciables, y no por actitudes internas o por convicciones. Mientras las convicciones internas no se traduzcan en un comportamiento externo, no puede surgir responsabilidad penal. Sólo pueden castigarse comportamientos humanos concretos.

El ilícito penal o hecho punible, reviste los caracteres de delito o delito culposo, según el actuar del autor se base en el dolo o en la culpa, por consiguiente, para que exista responsabilidad penal, el sujeto que participó en el hecho, eventualmente ilícito, debe haber incurrido en dolo o en culpa, condiciones sine qua non para que exista responsabilidad penal, es decir, si no hay dolo o culpa, no hay responsabilidad penal.

3.9.3. Responsabilidad médica y Lex Artis

Siendo el objeto de la responsabilidad médica sólo una obligación de medios que contrae el facultativo, sin embargo, el médico debe atenerse y observar en todo momento la Lex Artis, locución latina, literalmente “ley del arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión médica.

“La lex artis no debe entenderse única y necesariamente como las reglas aceptadas por la generalidad de este sector profesional ya que hay también que aceptar la libertad de método o procedimiento, en los que no entrará a valorar el

juez; su idoneidad y corrección debe ser emitida y transmitida por los técnicos, peritos y médicos forenses intervinientes”.⁴⁶

Generalmente la *lex artis* es la forma de proceder de un profesional idóneo, que en el caso de los delitos médicos culposos, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. No obstante, no se debe olvidar jamás, que el profesional de la medicina trabaja según los riesgos, como única forma de sanar o salvar al paciente, el cual perfectamente podría haberse realizado apegado a la *lex artis* y dentro del marco deontológico correcto, sin embargo, el resultado fue de muerte o de lesiones para el paciente.

La *lex artis* impone al médico ciertos deberes, como modalidad de exclusión del riesgo del error culposo, entre otros:

- Seguir los progresos de la ciencia, conocer los nuevos medicamentos y procedimientos quirúrgicos que superen a otros anteriores.

- Mantener una práctica profesional adecuada a los protocolos de actuación del caso en que le corresponda intervenir.

- Obedecer a las reglas generalmente admitidas por la ciencia y el arte de la salud especializada a la cual se dedica.

⁴⁶ ROMEO CASANOVA, Carlos María: *La Responsabilidad Penal del Médico por Mala Práctica Profesional*; en Revista de Derecho Penal, Delitos Culposos II, Director Edgardo Alberto Donna, RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, 2003. Pág. 25.

- Obrar con prudencia, recurriendo a la opinión de otros especialistas en aquellos casos dudosos y que puedan debilitar o exceder su juicio médico.

- Conocer sus personales limitaciones frente al acto que habrá de realizar, a fin de excluir la eventual modalidad de culpa provocada por la impericia, pues solo reconociéndola y evitando una actuación en tal situación, podrá excluir un comportamiento criminal.

- Mantener una observancia de los reglamentos destinados a normar las acciones de salud, los protocolos médicos, quirúrgicos, etc., aspectos de contraloría médica, entre otros.

Bajo la *lex artis*, sólo se estima lícito permitirse alguna audacia en el tratamiento médico o quirúrgico del paciente, ante una enfermedad incurable o de inminente riesgo mortal.

Concluyendo, la doctrina asevera en forma unánime que para la existencia de responsabilidad cuasi delictual, y por consiguiente, para la existencia de responsabilidad médica culposa, se requiere de la existencia copulativa de cinco condiciones:

1. Que el autor sea médico cirujano o de otra de las calidades que señala la ley;
2. Que el autor del hecho se encuentre en ejercicio profesional;
3. Que su conducta cause daño a una persona;
4. Que haya actuado culpablemente; y,

5. Que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.

De no concurrir copulativamente tales condiciones, no estaríamos ante la existencia de responsabilidad médica culposa.

3.10. Consecuencias socio-jurídicas de la mala práctica médica referentes al galeno y casa de salud

La sociedad ha concedido prerrogativas profesionales al médico con la expectativa de que usará su posición para beneficiar a los pacientes. A cambio, el médico tiene responsabilidad y debe rendir cuentas ante la sociedad por sus acciones profesionales. La sociedad otorga a cada médico los derechos, privilegios y deberes pertinentes a la relación médico-paciente y tiene el derecho de exigir que el médico sea competente, que tenga conocimiento y que ejerza con consideración del paciente como persona.

Cuando el paciente acude a un centro hospitalario estamos frente a dos tipos de responsabilidades distintas: por un lado la del médico y su personal y por otro la del hospital o clínica. La clínica será responsable en la medida en que sea ésta quien contrató con el paciente. Si en cambio se contrató con el médico, aunque éste utilice las instalaciones de la clínica, sólo él será el responsable. A pesar de ello, si en este supuesto la clínica eligió a los auxiliares también será responsable, pues existe un deber de seguridad de su parte. Lo que tiene su razón de ser, por el principio de igualdad de las personas ante la ley, consagrado en el Art. 11.2 de la Constitución de la República.

Ámbito jurídico

En los delitos que se atribuyan a los médicos es necesario que el resultado (lesiones muerte del paciente) se haya producido como consecuencia de la infracción del deber de cuidado del profesional y que el efecto sea de uno de los que procuraba evitar la norma respectiva. No es suficiente que la consecuencia haya acontecido por inobservancia del cuidado objetivamente debido para que se dé el tipo de injusto: es preciso además que la secuela sea de aquellas que la norma procuraba no aconteciese.

Los estudios relativos al tema tienden, así como lo hacen otros que encara la doctrina moderna, a elaborar criterios que replacen el método tradicional consistente en comparar la conducta real con una hipotética. Lo que hay que confrontar, es la infracción del deber de obrar cuidadosamente con la única alternativa posible: la omisión de esa acción prohibida.

El origen de la obligación legal, concurre desde el momento que un responsable de la salud, acepta el ingreso de un paciente a un establecimiento público o privado o bien desde que comienza en la atención de un paciente, nace un contrato de cumplimiento obligatorio y con dicho contrato se originan los derechos y obligaciones de las partes. El derecho del paciente a recibir la atención debida y la obligación de los profesionales de la salud a prestársela.

Estos hechos siendo una realidad en nuestra sociedad, producto del ejercicio profesional de los galenos, son conductas que siempre han quedado en la impunidad, sin lograr conseguir la imposición de una pena para el autor de la mala práctica médica. Aboliéndose en estos momentos para estas víctimas un derecho constitucional como lo es la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, previstos en los Arts. 82 y 11.2, respectivamente de la Constitución de la República.

Sin lugar a dudas constituye un serio problema social y jurídico, generado por un vacío legal, que atenta a la vigencia de un mandato constitucional del derecho a la salud, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. A todo ello se suma el principio legal previsto en el Art. 4 del Código Penal que dice: “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo”. Y sobre todo el caduco principio legal que solo al Legislador le está facultado interpretar la ley, dando como resultado que estas conductas queden en la absoluta impunidad por falta de norma expresa prevista en el Código Penal. Para una adecuada administración de justicia se requiere dotar al sistema penal, de leyes que respondan a las necesidades sociales.

3.11. Legislación Comparada

En el derecho comparado confrontamos los sistemas jurídicos de diversos países, para determinar lo que hay de común y diferenciar entre ellos y determinar sus causas:

El Código Penal Argentino, tipifica la mala praxis de modo específico, a través de los delitos de homicidio culposos (Art. 84 CP) y de lesiones culposas (art.94 CP), que de ella, la mala praxis, se deriven y, sanciona a quienes resulten declarados culpables, con penas de prisión 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 ahí que la legislación Argentina establece a la mala práctica médica, como “Inobservancia de los Reglamentos y/o Apartamiento de la Normativa Legal Aplicable: El ejercicio de la Medicina, la Odontología y las actividades de

colaboración profesional de la salud, en el orden Nacional están regidas genéricamente, por la ley 17.132, 23.873 y por sus Decretos Reglamentarios N° 6.216/67 y 10/03.- Cada Provincia y también las Municipalidades, dictan Leyes y Reglamentos atinentes al desempeño de las profesiones destinadas al servicio de la salud, que usualmente revisten tanto el carácter de imperativas como orientativas para el eficaz cumplimiento y prestación de dichos servicios.- Su conocimiento y permanente lectura, permiten a los profesionales, mantener presente la buena praxis, a la par que les referencia sobre las conductas debidas e indebidas”.⁴⁷

Como podemos darnos cuenta, en la normativa argentina tampoco existe tipicidad en el Código Penal para sancionar los delitos de mala práctica médica, por actos cometidos por los profesionales de la salud que provoquen un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea el daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.

En la legislación peruana, a la negligencia médica se la conoce también como mala praxis, error médico o daño médico, cuya conducta se encuentra instituida en el artículo 111 del Código Penal, así: “El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas. La pena será no mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de seis años”.⁴⁸ Aquí el delito culposo generado por inobservancia de las normas, deberes, y reglas

⁴⁷ IRAOLA, Lidia Nora y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Hernán: *Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis*; disponible en Web: http://www.ama-med.org.ar/servicios_profesional2.asp?id=14 (consultado el 21 de Julio del 2009).

⁴⁸ CÓDIGO PENAL DEL PERÚ; disponible en Web: pdf (consultado el 19 de Mayo del 2009).

técnicas de la profesión la sanción puede alcanzar hasta los seis años de pena privativa de libertad.

La normativa legal peruana al igual que la nuestra, tiene presente el vacío de sanción a los actos de mala práctica médica, lo cual permite la impunidad de estos actos atentatorios a la salud y a la vida de las personas, debiendo rescatar de alguna forma la sanción que tiene prevista para quien ocasione la muerte a una persona, pero no precisamente por actos cometidos por galenos en el ejercicio de su profesión, sino que bien puede ser por otras circunstancias, de ahí que podemos advertir la falencia legal que existe en el vecino país del sur al no tener tipificado esta clase de actuaciones en su Código Penal.

El Código Penal de Chile lo instaura de acuerdo al artículo 492, relacionándose con el artículo 490, así: “Artículo 492 expresa: Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.... Artículo 490. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

- 1.- Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.
- 2.- Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito”.⁴⁹

⁴⁹ CÓDIGO PENAL DE CHILE; disponible en Web: pdf (consultado el 17 de Junio del 2009).

Se requiere que la infracción reglamentaria sea dolosa o culposa, y que exista relación de causalidad entre ella y el resultado. En ocasiones, la simple infracción de reglamento podría ser fortuita, admitiendo de esta forma, la responsabilidad objetiva derivada del simple estado de contravención del actor, de allí que en los últimos años ha incrementado la preocupación en médicos, abogados y a nivel gubernamental los casos por negligencias médicas.

De lo mencionado, podemos determinar que los actos de mala práctica médica vienen dándose a nivel universal, sin que exista normativa legal expresa en el Código Penal, para determinar sanción a los responsables.

Como parte de los delitos culposos del Código Penal venezolano; en relación al homicidio y lesiones personales, están determinados respectivamente en los siguientes artículos: “Artículo 411.- El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o instrucciones, haya ocasionado la muerte de alguna persona, será castigado con prisión de seis meses a cinco años.... Artículo 422.- El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o disciplinas, ocasione a otro algún daño en el cuerpo o en la salud, o alguna perturbación en las facultades intelectuales”;⁵⁰ que, castiga de un día a doce meses o multas de veinticinco a un mil quinientos bolívares.

Notamos que se fija en la participación anímica del sujeto en el hecho, que junto al dolo, se concreta en la hipótesis de la culpa, cuya esencia está precisamente en la voluntaria inobservancia de todas aquellas normas de conducta.

Como aporte a la presente investigación, consideramos que la responsabilidad individual, compartida o solidaria si fuere del caso del profesional médico, debe

⁵⁰ CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA; disponible en Web: pdf (consultado el 17 de Junio del 2009).

extenderse al campo penal y por ende la misma debe establecerse de manera clara en el Código Penal, a tal punto de hacer conciencia en dichos profesionales que sus actuaciones en torno a la prestación de servicios deben estar ceñidos a lo que determina la Constitución, la Ley, los Reglamentos y la ética profesional.

3.12. Necesidad de crear un capítulo específico en el Código Penal ecuatoriano, que tipifique la conducta de la mala práctica médica

Para poder establecer el vacío que se encuentra en nuestra legislación, y de hecho analizar y fundamentar jurídicamente en el siguiente capítulo, realizamos un estudio de los artículos del Código Penal, contenidos en el capítulo X “De los delitos contra la salud pública”, mismo nos servirá para definir la mala práctica médica como delito.

Artículo 428.- “Alteración de artículos alimenticios.- El que, con el fin de proporcionarse una ganancia hubiere mezclado o hecho mezclar con bebidas o comestibles, o con sustancias o artículos alimenticios, destinados a ser vendidos, materias de tal naturaleza que pueden alterar la salud, será reprimido con prisión de tres meses a un año y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Si las materias mezcladas con las bebidas o comestibles, o con sustancias o artículos alimenticios destinados a la venta, pudieren causar la muerte, la pena será de prisión de uno a cinco años y multa de dieciséis a sesenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América”.⁵¹

Es un típico delito que la ley reprime porque no se trata de un error que daría lugar a un delito culposo si por negligencia o impericia que ocasionare la

⁵¹ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 82

enfermedad de alguien. Lo que aquí hay es el afán de ganancia, desesperación de lucro, deseo económico que no se para ante nada es decir, evidente dolo.

Artículo 429.- “Expendio de productos que alteren la salud o causen muerte.- Serán reprimidos con las mismas penas y según las distinciones establecidas en el artículo anterior:

El que vendiere o pusiere en venta cualesquiera comestibles, bebidas, sustancias o artículos alimenticios, sabiendo que contienen materias que pueden alterar la salud o causar la muerte; y,

El que hubiere vendido o procurado esas materias, sabiendo que debían servir para falsificar sustancias o artículos alimenticios”.⁵²

Las sustancias tóxicas a veces causan y en otras veces no causan; en algunas ocasiones pueden alterar la salud o causar la muerte y en otras, no ocurre nada. Es obvio que pudo preverse la intoxicación pero parece imposible que el vendedor o comerciante inescrupuloso también haya querido producir la muerte o la enfermedad a sus clientes.

Lo de falsificar sustancias o artículos alimenticios es altamente doloso. En consecuencia quien vende o facilita materias para dicha falsificación a sabiendas no es un cómplice sino un coautor de tal delito, por cometer un acto trascendental sin el cual no se hubiera producido.

Artículo 430.- “Expendio de productos que causen lesión permanente o muerte.- En los casos anteriores, si el uso de esos productos, alterados o falsificados,

⁵² IBÍDEM.

hubiere causado una lesión permanente de las definidas en este Código, o la muerte, la pena será la determinada en los artículos que tratan de las lesiones y del homicidio preterintencional”.⁵³

En el artículo anterior, ya se condiciona a las modalidades o disposiciones establecidas en el artículo 428, para la aplicación de las penas, en esta disposición nuevamente se vuelve a referir a los anteriores, para los casos que hubiere causado lesión permanente o la muerte y se ordena que se aplicará las disposiciones constantes en el Capítulo De las Lesiones perteneciente al Título VI De los Delitos Contra las Personas. Añade, además, que será pertinente lo que hubiere de homicidio preterintencional, cuyo motivo de condena está en el lucro, en el dinero que se hace a costa de la salud de los demás.

Artículo 431.- “Comiso y destrucción.- Los comestibles, bebidas, sustancias o artículos alimenticios serán comisados y destruidos”.

Entre las penas comunes a todas las infracciones, está la multa y el comiso especial, en la última parte del artículo 51 del Código Penal, y sobre el comiso especial estipulado en el artículo 65, se refiere a los comestibles o bebidas dañosas que son el objeto de la infracción porque con ellos se iba a obtener el provecho ilícito al venderlos, cosas producidas por la infracción misma. Así, pues, deben ser objetos de comiso.

En el presente artículo hay comiso y destrucción de los comestibles o bebidas dañadas, como penas accesorias por una parte y racionales medidas de previsión y seguridad, por otra.

⁵³ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 83

Artículo 432.- “Propagación de enfermedad peligrosa.- Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que propague, a sabiendas, una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas”.⁵⁴

El elemento moral del delito está en el dolo determinado y el elemento subjetivo es hacerlo a sabiendas.

Propagar es difundir, multiplicar, contagiar. El ilícito consiste en quien se sabe enfermo, no evita contagiar a otras personas y, más bien lo hace en plan perverso, de desquite, de odio.

Irónicamente, ocho dólares por contagiar una enfermedad peligrosa, aunque sea como pena accesoria, repugna desde cualquier ángulo que se justifique la pena.

Artículo 433.- “Envenenamiento o infección de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales.- El que envenenare o infectare, dolosamente, aguas potables, o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de la colectividad, será reprimido, por el solo acto del envenenamiento o infección, con reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa de dieciséis a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Si el acto ha producido enfermedad, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años; y si ha producido la muerte, la de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años”.⁵⁵

⁵⁴ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 83

⁵⁵ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 83

Dada la expresa redacción del artículo, se desecha la posibilidad de delitos culposos en esta materia, cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona. Admite tentativa y hay delito consumado aún cuando no se produjere envenenamiento o infección de persona alguna.

Artículo 434.- Actos cometidos por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de normas.- Cuando los actos previstos en los artículos anteriores fueren cometidos por imprudencia, o por negligencia, o por impericia en el propio arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa de ocho a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona; y prisión de seis meses a cinco años, si resultare enfermedad o muerte.⁵⁶ Aquí tenemos un delito culposo que, al contrario del anterior, no admite dolo.

En todas las situaciones anteriores se presume la voluntad y la conciencia para cometer los hechos mencionados. Con todo, en el primer artículo del capítulo, o sea el artículo 428, pareciera que se describiera, más bien, una irresponsable audacia, una imprudencia temeraria.

La presente disposición castiga los delitos culposos que puedan acomodarse a las descripciones anteriores.

Artículo 435.- “Violación de medidas contra la introducción o propagación de epidemia.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de ocho a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.⁵⁷

⁵⁶ IBÍDEM.

⁵⁷ CÓDIGO PENAL: Ob. Cit. Pág. 83

La salud del pueblo es la suprema ley, se dice y es obvio que todas las medidas que tomen, deben ser seguidas, por propia conveniencia. Resulta más que insensato oponerse a planes que favorecen a todos, por egoísmo, por malicia y peor aún, por perversidad.

Violar las medidas, dice la ley, es decir, quebrantarlas, infringirlas, burlarlas y desconocerlas, en beneficio de la epidemia que puede introducirse recién o propagarse, si ya ha asomado.

No pormenoriza esta disposición, la formas de violación de las normas higiénicas, sanitarias y de previsión que las autoridades han dispuesto. Hay, pues, una gama muy grande de interpretación racional.

Artículo 436.- “Despacho o suministro de medicamentos indebidos.- 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”.⁵⁸

En esta disposición hay solamente falta de precaución y de cuidado; es decir, de esmero, interés, vigilancia, previsión y responsabilidad.

Este artículo excluye a la cirugía, ya que se han dado muchos casos en que los médicos o enfermeras han dejado pinzas o algodones en el cuerpo del enfermo operado, que han producido estados de gravedad post-operatorio. Hay que

⁵⁸ IBÍDEM.

suponer que también en estos casos, lo que habría producido tan censurables olvidos será, la falta de precaución o cuidado.

Del análisis realizado a las distintas normas legales, determinamos que las mismas se encuentran alejadas del contenido de las disposiciones de nuestra carta magna, en torno a los derechos del buen vivir, donde en su sección séptima manifiesta que la salud es un derecho garantizado por el Estado, entendiéndose por tanto que el mismo debe estar protegido como tal y por ende a través de políticas públicas que permitan una atención integral a la salud de las personas en todos los ámbitos que a dicho derecho le concierne, vulnerándose de esta manera la efectiva aplicación de los principios de equidad, igualdad, calidad, eficiencia, entre otros, que hacen imposible su fiel cumplimiento, y mostrándose a simple vista la desprotección en la cual nos encontramos en torno a recibir servicios eficientes de óptima calidad como un derecho primordial a la salud al no contemplar nuestro Código Penal ningún tipo de sanción por los actos de mala práctica médica cometidos por profesionales de la salud en el ejercicio de su profesión, todo ello obedece a que el Código Penal ecuatoriano, expedido en 1938, no guarda armonía con la actual Constitución de la República, que tiene principios innovadores y acorde a la realidad social en que vivimos.

Consideramos que los innumerables casos de mala práctica médica pese a ser de dominio público, en su mayoría han quedado en la impunidad debido a la inexistencia de una normatividad jurídico penal, que permita a las correspondientes autoridades perseguir y sancionar este tipo de delitos.

Las sanciones contempladas en los artículos indicados, son las únicas que existen para frenar supuestamente los actos de mala práctica médica, cuyas acciones al no estar tipificadas de manera clara en nuestra Ley Penal, permiten que queden en la impunidad; por lo tanto, buscamos la necesidad de crear y proponer se incorpore un capítulo en el Código Penal, que tipifique este tipo de

conductas derivadas de los profesionales médicos, que por su imprudencia, negligencia e impericia ponen en riesgo la salud y la vida de las personas.

3.13. Estudios de denuncias y procesos por hechos de mala práctica médica en la Fiscalía, Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de la ciudad de Loja

3.13.1. Diagnóstico en la ciudad de Loja.

De las investigaciones realizadas, podemos determinar que a diario se cometen actos de mala práctica médica, tanto a nivel nacional como local, que pueden ser por actuaciones culposas, negligentes, imprudentes o irresponsables por parte del profesional médico que ha causado un daño en la salud del paciente, cuando administra a propósito medicinas o realiza una operación a veces innecesarias, a sabiendas que pone en peligro la salud del paciente, o por olvido no administra en forma oportuna las medicinas necesarias, o si lo hace es de manera inapropiada con dosis incorrectas.

En la ciudad de Loja, existen casos de esta naturaleza, que por la gravedad del asunto han sido conocidos por autoridad competente, quienes de una u otra manera han procedido a su investigación donde no se ha obtenido la imposición de una pena eficaz y acorde a la gravedad del hecho por falta de norma legal, es así que en la Defensoría del Pueblo Delegación Provincial en Loja, existen algunos casos que han sido denunciados por vulneración de derechos de los pacientes-usuarios y consumidores, mismos que han merecido atención por mala prestación de servicios profesionales, así como también existen casos denunciados en la Fiscalía Provincial, donde se han realizado las indagaciones correspondientes y luego de reunir los elementos necesarios de convicción han sido conocidos y resueltos por los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de la ciudad de Loja, dándoles una figura que tenga similitud al hecho

denunciado, más no como un delito concreto que debería ser la mala práctica médica.

Pues, la investigación en casos de mala práctica médica realizados en la Fiscalía Provincial, Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de la ciudad de Loja, nos ha permitido realizar un análisis minucioso de la realidad en que vivimos en torno a la vulneración del derecho a la salud y a la desprotección de las personas, lo cual nos permitió determinar lo siguiente:

Las denuncias que en el mejor de los casos ingresan a la Fiscalía, se les da la figura jurídica como supuestos delitos de lesiones, homicidios, homicidios inintencionales, delito letal de aborto, o asesinato.

3.13.2. Datos referenciales de casos analizados en la ciudad de Loja, así como denuncias en distintos medios de comunicación.

Ante la inexistencia de una normatividad penal clara que sancione estas conductas de mala práctica médica, los afectados se ven obligados en defensa de sus derechos, a recurrir inclusive ante la Delegación Provincial de la Defensoría del Pueblo en Loja, denunciando estos hechos, como un atentado a la mala prestación de servicios profesionales, así tenemos:

CASO NÚMERO UNO.

Institución: Defensoría del Pueblo Loja.

Expediente Nro.0079-2009

Fecha de Inicio: 05 de marzo del 2009

Antecedente: AB., en calidad de hermano de la fallecida, CB, expone que el miércoles 4 de marzo del 2009 su referida hermana sufrió quemadura de tercer grado en un 95% de su cuerpo, en su domicilio en la ciudad de Piñas, provincia de El Oro, por lo que dado la gravedad del asunto fue trasladada al Hospital Regional "Isidro Ayora" de la ciudad de Loja, concretamente a la Sala Especializada de Quemados llegando a eso de las 20H30, tomando contacto con el Dr. F. R. responsable del Área de Emergencia, quien informa que por disposición del Subdirector no autorizaba el ingreso, negándose a recibirla, manteniéndosela inhumanamente en el pasillo de dicha Casa de Salud, hasta las 03H00 del siguiente día en que permitieron su ingreso, sin previa suministración de medicamento alguno. La Defensoría del Pueblo en Loja, luego del trámite legal, resuelve aceptar a trámite la denuncia y dispone la notificación inmediata al Director del Hospital, para que tome los correctivos en contra del responsable de Emergencias. Quien emite el informe respectivo indicando que no se ha recibido a la paciente, porque necesitaba atención médica de cuarto nivel y el Hospital Isidro Ayora es de tercer nivel, donde se reciben pacientes con quemaduras hasta el 70%, por lo que recomienda que debía ser transferida a otro Centro médico. Ante la oposición de sus familiares de traslado a otro Centro de Salud, por orden del Subdirector se autoriza el ingreso a esa Casa de Salud, a eso de las 13H30 del día 5 de marzo del 2009. Posterior a ello, se convoca a las partes a audiencia pública, a la cual concurren las partes con sus defensores, donde realizan sus exposiciones, con la suscripción de la respectiva acta, sin que el denunciante haya ratificado la intervención de su defensor, ni continuado con el impulso del trámite del expediente.

Resolución: Abandonado (denunciante no impulso trámite).

Comentario: En el presente caso, no se emitió informe favorable por vulneración de derechos del consumidor ante el Juez de Contravenciones, conforme lo determina el Art. 83 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por falta de interés del denunciante.

CASO NÚMERO DOS.

Institución: Defensoría del Pueblo Loja.

Expediente Nro. 0241-2009

Fecha de Inicio: 04 de agosto del 2009

Antecedente: La señora D. E, en su calidad de madre y representante legal de su hija menor de edad NG comparece ante la Defensoría del Pueblo de Loja, para denunciar que en razón que su indicada hija padecía de un problema respiratorio, acudió al Consultorio del Dr. CZ, quien luego del diagnóstico le indicó que su hija debía ser sometida a una operación de un espolón, en la fosa nasal izquierda, recomendándole que aproveche la circunstancia para realizarle una operación estética de la nariz de su descendiente, en razón que a decir de dicho profesional tenía un profesional médico de origen peruano, ante lo cual accede su madre. Practicada la cirugía y luego de transcurrir ocho días, al cesar la hinchazón y sacarle el yeso, se aprecia una deformidad en su estructura ósea de la nariz, con una concavidad exagera del dorso nasal óseo, que desfiguró su rostro y por consiguiente causó un severo cuadro de depresión psicológica. La Defensoría del Pueblo de Loja, acepta a trámite la queja presentada, disponiendo notificar al profesional médico denunciado, quien presenta su informe invirtiendo los hechos, acusando a la denunciante que con la queja presentada, se está causando daño moral y profesional como médico especializado en otorrinolaringología. Con el informe presentado, se convoca a las partes a audiencia pública, sin haber concurrido a los múltiples señalamientos el denunciado. Circunstancias por las que la Defensoría del Pueblo, acepta la queja presentada y de conformidad al Art. 83 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, emite informe a la Intendencia General de Policía de Loja, como Juez de Contravenciones, para que inicie el correspondiente proceso investigativo, tendiente a la sanción a que hubiere lugar.- Esto debido a que la ley no le permite a la Defensoría del Pueblo tener poder coercitivo, no dicta sentencias, ni impone sanciones.

Resolución: Se emitió Informe favorable al Intendente de Policía, para que inicie el proceso investigativo de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 83 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Comentario: Luego del trámite correspondiente y basado en las constancias procesales, la Defensoría del Pueblo en Loja, actuó en forma debida con estricto apego a las disposiciones previstas en la Constitución de la República y Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Esto nos demuestra que es tan grave la inexistencia de norma legal precisa y clara, que sancione este tipo de conductas que sin lugar a dudas, pone en grave riesgo la salud y la vida de las personas; a ello se suma, el hecho de la escuálida economía de ciertas víctimas que por no contar con los recursos económicos suficientes, no puedan contratar un Profesional del Derecho particular, para ejercer su legítima defensa, ante la lesión sufrida por la mala práctica médica de que ha sido víctima, lo que hace que estos hechos queden en la impunidad, pese a gozar todos los ecuatorianos de seguridad jurídica, prevista en la Carta Fundamental.

CASO NÚMERO TRES.

Institución: Tribunal Primero de lo Penal de Loja (Hoy Primer Tribunal de Garantías Penales de Loja).

Proceso Nro. 0047-2002

Fecha de Inicio: 24 de abril del 2002

Antecedente: El presente caso se inicia por parte policial, mediante el cual se hace conocer que por llamada telefónica del Director de la Casa de Salud CS, existe el cuerpo sin vida de una persona de sexo femenino, en el zaguán que da

acceso a la puerta de emergencia, por lo que la Policía concurre inmediatamente al lugar y al entrevistar al Director del citado Centro Médico, éste explica que a las 14H00 del día 29 de abril del 2002, llega el Dr. J.C y otras personas, solicitando atención médica para una chica que ha sufrido paro respiratorio, la misma que al examinarla se evidencia que se encuentra sin vida y que por versión de testigos responde a los nombre de MT, por lo que, al desconocerse la causa de la muerte, se procede a la aprehensión del Dr. JC y del ciudadano MG, quienes habían llegado con la fallecida. Inmediatamente llega el Agente Fiscal GP, quien avoca conocimiento de los hechos y resuelve dar inicio a la Indagación Previa, solicitando la detención con fines investigativos de los señores JC y MG. El hecho consiste en que la señorita MT, al darse cuenta que se encontraba en estado de gravidez, luego de conversaciones con su enamorado MG, a eso de las 09H00 del día 29 de abril del 2002 deciden ir al Consultorio del Dr. JC, ubicado en las calles 10 de Agosto y 18 de Noviembre de la ciudad de Loja, donde toman la decisión de practicarse el aborto. Practicado éste, la paciente queda en estado de inconsciencia, y al darse cuenta que no reaccionaba y siendo las 14H00 aproximadamente, decide el Galeno con el mencionado MG trasladarla a una clínica, sacándola en brazos el médico a la paciente, para trasladarla en un taxi llegando a la clínica SC, donde al recibirla el Director de la citada Casa de Salud, constata que el cuerpo estaba ya sin vida. Luego de las investigaciones del caso, el Agente Fiscal, al encontrar elementos de convicción suficientes, resuelve dar inicio a la etapa de Instrucción Fiscal, solicitando al Juez de lo Penal, ordene la prisión preventiva contra los señores JC y MG. En la fase investigativa se recopila abundante y precisa prueba que determina la autoría y responsabilidad del delito de aborto letal en contra de la víctima MT, como también el informe médico efectuado en la occisa determina la existencia del contenido uterino legrado; restos corioplacentarios; evidencia de de medicación a base de benzodicepinas y la existencia de un embarazo interrumpido, que produce la muerte probablemente por paro respiratorio por medicación benzodicepínicas utilizada.

Por los abundantes indicios de responsabilidad, el Fiscal emite dictamen acusatorio contra los referidos imputados JC y MG. Luego el Juez Cuarto de lo Penal, dicta auto de llamamiento a juicio con fecha 21 de agosto del 2002, contra

los imputados JC y MG, confirmando la prisión preventiva y ordenando el embargo de sus bienes, hasta por el valor de diez mil dólares americanos, por cada uno de ellos.

Resolución: El Tribunal Primero de lo Penal de Loja, hoy Primer Tribunal de Garantías Penales de Loja, dictó sentencia condenatoria contra el Dr. JC. en calidad de autor material del delito tipificado en el Art. 445 con la agravante prevista en el Art. 446 del Código Penal, a quien le impone la pena de reclusión menor de cuatro años, y al acusado MG, en calidad de coautor del delito tipificado y sancionado en el Art. 445 del Código Penal, le impone la pena atenuada de dos años de prisión correccional.

Comentario: Las disposiciones del Código Penal relacionadas con los delitos contra la vida, fueron bien aplicadas por los Miembros del Tribunal Primero de lo Penal de Loja, para sancionar a los responsables de tan horrendo delito, esto en razón de que no existe norma legal que determine sanción para los delitos de mala práctica médica.

CASO NÚMERO CUATRO

Institución: Tribunal Tercero de lo Penal de Loja (Hoy Tercer Tribunal de Garantías Penales de Loja).

Proceso Nro. 0003-2008

Fecha de Inicio: 25 de abril del 2007

Antecedente: Por parte policial se hace conocer que por disposición de la Central de Atención Ciudadana (101) que en Emergencia del Hospital Regional “Isidro Ayora”, se encuentra el cuerpo de una persona sin signo vitales, por lo que al trasladarse la Policía a este sector y tomar contacto con el Dr. P. J., que se

encontraba de turno, les informa del particular, constatando que sobre una camilla cubierta con una sábana blanca, se encontraba una persona sin signos vitales, por lo que se comunica al Agente Fiscal de turno Dr. RM, con quien se procede a realizar el respectivo levantamiento del cadáver, identificando que se trataba de la señorita MHA de 17 años de edad. Luego de las diligencias de ley, el Informe Médico, concluye en su diagnóstico: Insuficiencia respiratoria: cianosis facial, pulmones colapsados, atelectásicos, paro cardio-respiratorio, embarazo de aproximadamente cuatro semanas de gestación; que la causa de la muerte es por insuficiencia respiratoria, paro cardio-respiratorio y la manera de la muerte desde el punto de vista médico-legal, es muerte provocada.

Por la gravedad del asunto, el Agente Fiscal previa orden del Juez Penal correspondiente, practica el allanamiento del domicilio del señor WM, ubicado en las calles Pedro Víctor Falconí y Francisco Eguiguren de la ciudad de Loja, donde se encuentra un sinnúmero de utensilios de cirugía, medicamentos, en un cuarto que es ocupado por el señor RO que trabaja en el Hospital Militar de la ciudad de Loja.

Practicadas las diligencias de ley el Agente Fiscal dicta instrucción fiscal pidiendo prisión preventiva en contra del señor REOS y GRJD, llegándose a detener al último de los nombrados.

De las investigaciones y acusación particular se llega a determinar que la menor MHA, sale desde su domicilio que lo tiene en la ciudad de Milagro, provincia del Guayas previo permiso de sus padres, a la ciudad de Loja al domicilio de sus tíos, por vacaciones y para asistir a un concierto, llegando a esta ciudad el 24 de abril del 2007. Al siguiente día luego del almuerzo sale al centro de la ciudad en compañía de dos amigas y su primo HA, con quienes luego de permanecer en un burger, hasta eso de las 15H00, la menor con su primo se dirigen al Hospital ML, sin explicar a su primo las razones por las que asistía a dicha Casa de Salud. Ya en ella, ingresa sola, para inmediatamente salir con dos militares y dirigirse al

barrio Celi Román, donde ingresan a un cuarto en un inmueble, con uno de los militares, en tanto que el otro, con el primo de la menor les dispone esperen fuera. Trascorrida media hora sale REOS, a solicitar un taxi, para luego sacarla en brazos a la menor, y trasladarla al Hospital Regional Isidro Ayora de Loja, donde la dejan en emergencia y sin dar información, se fugan del lugar, quedando únicamente el primo de la menor, que se convierte en el único testigo.

Luego del trámite legal, el Juez Tercero de lo Penal de Loja, dicta auto de llamamiento a juicio contra los imputados, acusando a REOS y GRJD como autores materiales del delito de aborto letal, previsto en el Art. 445 y sancionado con el Art. 446 del Código Penal, ratificando la prisión preventiva de los imputados.

Resolución: El Tribunal Tercero de lo Penal de Loja, hoy Tercer Tribunal de Garantías Penales de Loja, dictó sentencia condenatoria declarando a GRJD de ocupación militar en servicio activo responsable en el grado de cómplice del delito de aborto letal previsto en el Art. 445 del Código Penal y sancionado con la pena prevista en la primera parte de esta disposición legal, a quien le impone la pena atenuada de 18 meses de prisión correccional, en tanto que REOS por encontrarse prófugo no se puede continuar el proceso en su contra.

Comentario: De lo expuesto podemos concluir que ante la inexistencia de normas penales específicas para este tipo de delitos, la administración de Justicia Penal y sus juzgadores, deben recurrir a adecuar este tipo de conductas en otras figuras delictivas que tenga relación con este delito, como “Delitos Contra las Personas” y dentro de éstos, los “Delitos Contra la Vida”. Delitos que de alguna forma son sancionadoras para el caso de la mala práctica de aborto de los médicos y los que cooperaren a causarlo, que incluso pueden sufrir cierta inhabilitación para ejercerla; pero, quedan excluidos de la norma aquellos profesionales, que si bien pueden estar relacionados con la medicina, su especialidad no avala para realizar intervenciones que no les compete, tal es el

caso de enfermeros y practicantes; y, peor aún, si se trata de comadronas, a quienes se les debería suspender dichas prácticas, de acuerdo al grado de culpabilidad de cada uno de ellos.

Es de conocimiento público que son infinitas y permanentes las denuncias que aparecen en los medios de comunicación escrita, de casos de mala práctica médica, tanto en nuestra ciudad como en el resto del País, que evidencian la necesidad de un cuerpo legal que regule el ejercicio de la noble profesión médica y prevea sanciones claras y precisas, para los casos de mala práctica médica. Entre tantas de ellas, analizamos las siguientes:

a).- En el Diario La hora de esta ciudad, página A 15 de la Edición del día 16 de marzo del 2009, se denuncia que la niña REMA de un año ocho meses de edad, el día 14 de marzo presenta molestias a su salud, como vómitos y diarreas, por lo que sus padres trasladan a la Clínica Municipal de emergencia, ingresando a las 24H00 de aquel día, donde se le suministra un suero que le calma el malestar, donde permanece hasta las 06H00, en que una enfermera ingresa y le suministra una ampolla que según ella ayudaría a sanar a la pequeña.- Más la medicina administrada, produce efectos inmediatos en la menor, contra la estabilidad de la salud, por lo que inmediatamente una doctora retira el medicamento colocado en el suero por la enfermera, producto de lo cual, media hora más tarde fallece la niña ante la impotencia y sufrimiento de sus padres.

Sus progenitores solicitan la presencia del Fiscal, quien practica el levantamiento del cadáver y lleva adelante la investigación del caso, en el que sus desesperados padres, esperan sanción para los causantes de la muerte de su hija.

b).- En la Edición del día miércoles 18 de marzo del 2009, pág. 15 A, el Diario La Hora, denuncia otro caso de presunta mala práctica médica, acontecido en nuestra ciudad, cuyo resultado es el fallecimiento de la señora: MC, de 27 años

de edad, dejando en la orfandad una niña de cinco años de edad. Donde se hace conocer que los familiares de la occisa, denuncian que han acudido a la Unidad de Medicina San Rafael, por cuanto su hermana tenía un mioma en el útero, habiendo sido atendida por el Dr. H. B., quien sin mayores diagnósticos realiza la operación de la paciente. Pasan pocas horas de su intervención y empieza el cuadro crítico de salud de la intervenida, por lo que en dicha Casa de Salud, se le administra un suero en 15 minutos y la envían a casa a la paciente, lugar donde se agrava la salud de la intervenida, por lo que regresan donde dicho galeno, quien informa que se trata tan solo de una infección.

Sus familiares desesperados por salvar la vida de su pariente, trasladan a ésta a la Clínica Medilab y luego al Hospital "Isidro Ayora", donde diagnostican el crítico estado de salud de la paciente, para a pocos minutos constatarse su deceso, concluyendo los profesionales de la salud de estos Centros, que ha sido innecesaria, la operación de la paciente.

Sin embargo de estas realidades que se presentan en nuestra sociedad, resulta indignante que con la única explicación de galenos y autoridades de las Casas de Salud, que por cierto y no puede ser de otra manera, resultan ser parcializadas al médico, se justifique la muerte de una persona, que en casos como éstos, siempre se busca la fórmula más fácil de explicación a los familiares sobre la causa de la muerte, en la generalidad de los casos, como producto de un paro cardio-respiratorio, antes que determinar a la luz de la verdad la causa de la muerte, y decirlo que es producto de una mala práctica médica.

c).- El caso conocido por casi todo el mundo, del fallecimiento del "Rey de Pop" Michael Jackson, acontecido el día 25 de junio del 2009, como consecuencia de administración de una variedad de medicamentos para controlar el insomnio que padecía el cantante desde dos semanas antes. Así, el indicado día 25 de junio, a eso de las 01H30 el Dr. Conrad Murray, médico tratante del artista, le dio **Valium** a Michael Jackson, sin resultado alguno; por lo que le administró de manera

intravenosa un **ansiolítico** y al ver que no podía dormir le aplicó un **sedante** que actúa rápidamente y ni eso hizo efecto en cantante. Por lo que siendo las 10H40 ha pedido insistente de Michael Jackson, le puso 25 miligramos de **Propofol**, saliendo por un momento de la habitación del artista, y cuando regresa, a eso de las 11H00, Jackson ya no estaba respirando, fue entonces cuando empezó a tratar de resucitarlo.

El informe del médico forense Christofer Rogers, el 31 de agosto del 2009, determina que la causa del fallecimiento como un “homicidio”, a raíz de un **“envenenamiento agudo” con el narcótico “Propofol”**. En tanto que la autopsia final de Michael Jackson determina que el “Rey del Pop”, falleció por un coctel de medicamentos, el cual estuvo culminado por una sobredosis del potente anestésico “Propofol”. Es que el coctel de medicamentos, contenía además del “Propofol”, otras sustancias como Lorazepam, Midazolan, Diazepam, Lidocaína y Efedrina, lo que volvió loco el organismo del cantante. Concluyendo entonces que la muerte de Jackson, no fue un suicidio, sino un homicidio.

Por esta conducta humana, el médico Conrad Murray, enfrenta serios problemas legales, además de ser el enemigo número uno de todos los fanáticos de Michael Jackson. Así la Fiscalía lleva adelante la investigación contando a su haber la declaración jurada por la cual el Dr. Conrad Murray, admite haber suministrado varios medicamentos a Jackson y se prepara para emitir una acusación de “homicidio involuntario”, contra el médico del artista, que podría alcanzar una pena de hasta cuatro años de prisión. Por ahora el médico no guarda prisión, por cuanto el Juez decidió fijarle fianza de más de \$ 80.000.00. El próximo 23 de agosto del 2010 por decisión del juez del Tribunal Superior de California, Michael Pastor, la familia Jackson tendrá el encuentro en audiencia con el Dr. Murray, que hasta la fecha se ha declarado culpable de **“homicidio involuntario”**, y se hará justicia emitiéndose el juicio por la muerte del cantante.

Pero es necesario considerar que no solo el Dr. Conrad Murray, está implicado en este caso, sino también el famoso dermatólogo Arnold Klein y otros médicos más que siempre han estado dispuestos a complacer las demandas de Michael Jackson y nunca fueron responsables, ni éticos en sus tratamiento médicos, llegando al extremo de aplicarle “Propofol”, que es un potentísimo anestésico, de uso exclusivo en clínicas y hospitales.

De otro lado el señor: Joe Jackson, padre de Michael Jackson, al cumplirse el primer aniversario de la muerte del “Rey del Pop”, presentó una demanda civil contra el que fuera médico personal de su fallecido hijo, por cargos de conducta negligente, que ocasionó la muerte de Michael Jackson, que busca una compensación económica por parte del Dr. Murray, por el sufrimiento ocasionado a la familia, así como la pérdida de ingresos.

De todo ello, nos permite concluir que al igual que en nuestro País, en los Estados Unidos de Norteamérica, tampoco existe una normatividad jurídica penal para estos casos, por lo que para perseguir la comisión de estos hechos, se recurre a darles una figura delictiva como delitos contra las personas, sin tener mayores dificultades por cuanto la legislación y jurisprudencia del País del Norte es muy flexible y por su puesto avanzada, donde se protege sobre manera a las víctimas del hecho delictivo o dañoso. Lo que no ocurre en nuestra realidad. Así por ejemplo:

En los delitos contra las personas y bajo el título de los delitos contra la vida, se encuentra el aborto desde el artículo 441 hasta el artículo 447 del Código Penal, en el cual constan los únicos casos de despenalización: “el aborto terapéutico y el eugenésico”. Esta situación jurídica evidencia que en el país si existe el delito de aborto, aunque se excepciona la punibilidad en los supuestos del artículo 447, esto es, cuando se trate de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, siempre que no pueda ser evitado por otros medios; y, si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. Para ello se

requiere el consentimiento del representante legal de la mujer, que por su puesto es una reforma ajustada a la realidad de la vida y pretende siempre salvar la vida de la progenitora.

Tenemos entonces que por falta de una normatividad jurídica-penal que tipifique estas conductas de los profesionales de la medicina, en la mayoría de las veces y cuando se persigue la comisión de las presuntas malas prácticas médicas, para poder hacerlo a objeto de impedir la impunidad, la fiscalía como los operadores de justicia se ven obligados a darles la tipificación de estas conductas a hechos que más se aproximen a delitos tipificados en el Código Penal ecuatoriano, como homicidio inintencional o lesiones inintencionales, considerándolas como conductas de: negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes, establecido en el último inciso del artículo 14 de nuestro Código Penal.

4. MATERIALES Y MÉTODOS

Los materiales utilizados y que integran la presente investigación provienen de la utilización de la técnica bibliográfica, en cuanto comprende el contexto teórico-doctrinario o sea la extensa revisión de literatura que nos proporciona los elementos conceptuales y categorización de sustento para la ulterior etapa de trabajo de campo, en la que hemos procedido a la recolección de datos, mismos que los analizamos, sintetizamos, y finalmente, exponemos.

Hemos utilizado el método hipotético-inductivo, esto es, hemos partido de una aseveración hipotética particular para llegar, a la generalización.

El método hermenéutico nos ha permitido realizar adecuadamente el estudio de los expedientes, de las diferentes fuentes a las que hemos tenido acceso.

Las funciones de análisis y síntesis, nos han permitido descomponer los resultados de la investigación y luego sintetizarlos en las conclusiones y recomendaciones.

El método histórico nos permitió tener una visión retrospectiva en torno a las teorías del delito, la criminalidad y los sistemas procesales penales.

La ejecución de la revisión de literatura la hemos efectuado en tres fases principales:

1. Localización de fuentes;

2. Lectura reflexiva y científica; y,

3. Extracción de datos en fichas nemotécnicas y de documentación.

Para la ejecución del trabajo de campo utilizamos un cuestionario de preguntas, especialmente diseñado para la encuesta y una guía para las entrevistas.

5. RESULTADOS

Los trabajos de campo son fundamentalmente la fase de recolección de datos empíricos tendientes a fundamentar el desarrollo teórico expuesto en el problema de investigación planteado y la revisión de literatura.

En esta perspectiva y en la de cumplir con los objetivos de la investigación que nos trazamos, así como verificar la hipótesis de trabajo, desplegamos las actividades de la investigación de trabajo de campo, consistentes en la aplicación de 30 encuestas a magistrados, jueces, fiscales y abogados penalistas de la ciudad de Loja, cuyos resultados los exponemos a continuación:

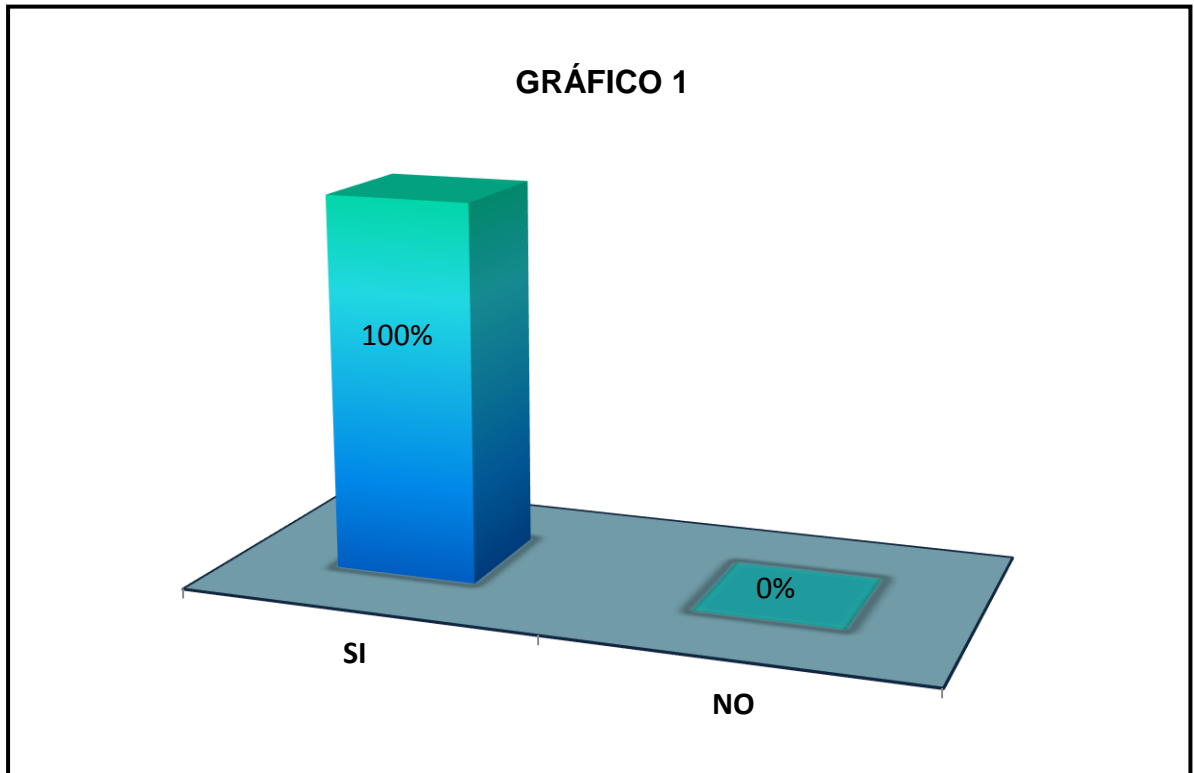
5.1. Análisis de encuestas aplicadas a magistrados, jueces, fiscales y abogados penalistas de la ciudad de Loja.

Realizamos treinta encuestas, cuyo cuestionario lo integramos de cinco preguntas:

1. ¿Cree usted que en nuestro país existe la mala práctica médica?

CUADRO 1

OPCIÓN DE RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
	30	100%



FUENTE: Encuestas

ELABORACIÓN: José Briceño y Adriano Loján

Análisis de los resultados.- De las respuestas de la población encuestada, generalmente, el 100% nos da a conocer que si existe mala práctica médica en nuestro país.

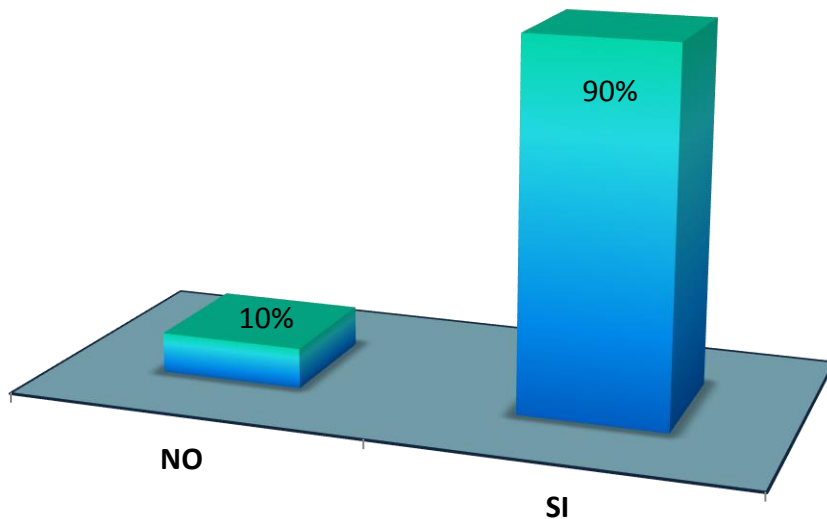
De entre las situaciones más susceptibles, nos refieren que la mala práctica médica se genera por la falta de información adecuada; que el médico, debe informarle de manera prolija y pormenorizada los riesgos y complicaciones que entraña una determinada práctica médica. Que se prescribe de forma errónea los medicamentos a personas alérgicas que debe suministrarse con precaución a personas, y previamente preguntar el médico si toleran, por ejemplo, la penicilina. Asimismo, no se efectúa un seguimiento adecuado del paciente al que se ha operado, o se ha intervenido quirúrgicamente a una persona de un mal cuando en realidad debía operar a otro. Generalmente se manifiestan de la negligencia, imprudencia e impericia médica.

2. ¿Cree que los hechos de mala práctica médica al no estar tipificados en el Código Penal Ecuatoriano quedarían en la impunidad?

CUADRO 2

OPCIÓN DE RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
	30	100%

GRÁFICO 2



FUENTE: Encuestas

ELABORACIÓN: José Briceño y Adriano Loján

Análisis de los resultados.- De las respuestas de los encuestados, el 90% afirma que la mala práctica médica quedaría en la impunidad, mientras que el 10% cree que no quedarían en la impunidad.

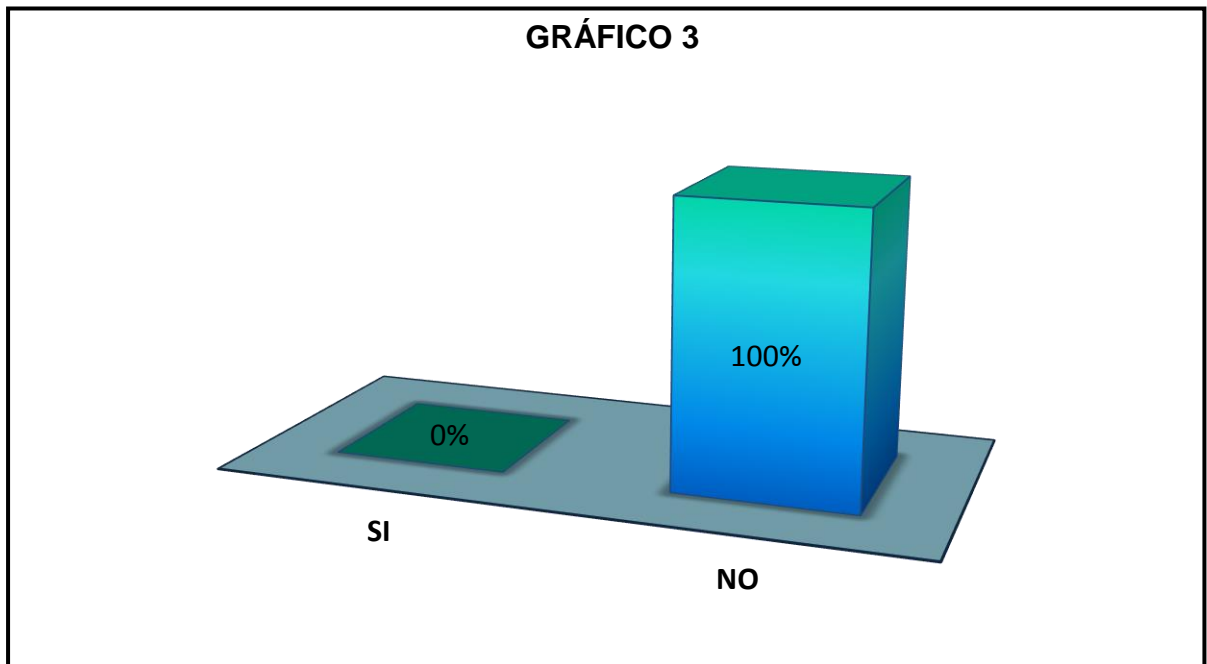
Afirmaciones que las hacen en referencia a que nuestro Código Penal, no tipifica la mala práctica médica. Sin embargo si sanciona los delitos provenientes de la profesión médica, conforme lo estipulado en los Delitos Contra la Salud Pública, Delitos Contra las Personas, Delitos Contra la Vida y de Lesiones. En cuanto a la impunidad, se hace referencia al tratamiento que da la administración de justicia en estos casos, incluso, pretenden ocultar los casos de mala práctica, o, lo que es peor, dilatan las acciones con trabas procesales, que no ayuda a solucionar estos conflictos.

3.- ¿Considera que en la legislación penal ecuatoriana se encuentran tipificados y sancionados los actos de mala práctica médica?

CUADRO 3

OPCIÓN DE RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	30	100%
	30	100%

GRÁFICO 3



FUENTE: Encuestas

ELABORACIÓN: José Briceño y Adriano Loján

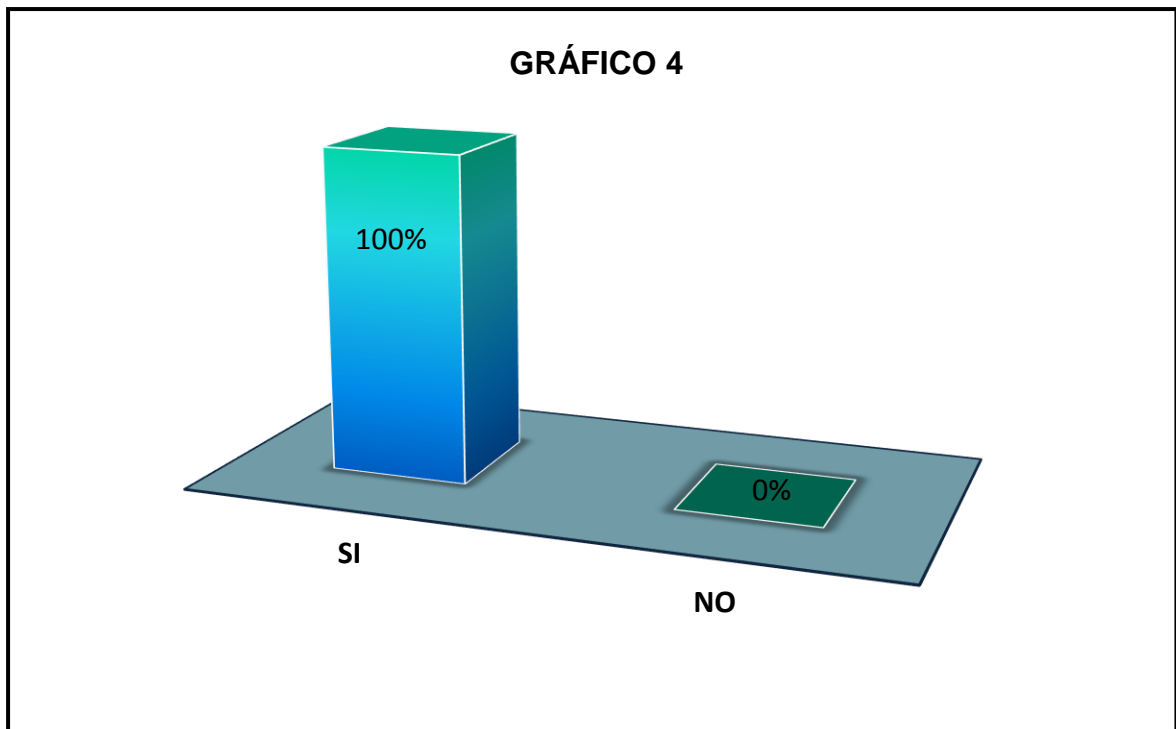
Análisis de los resultados.- El 100% de la población encuestada, manifiesta, que nuestra legislación no tipifica y sanciona la mala práctica médica, no obstante existir en el Congreso Nacional y la hoy Asamblea Nacional, varias reformas a la ley; pero, los defensores de los galenos, de intereses políticos, económicos y sociales, no permiten que se den los cambios requeridos por la población en general.

En los casos de mala práctica médica, lo que más se debe proteger es la vida y la integridad física de las personas, por ello, es una necesidad imperiosa establecer un ordenamiento legal que proteja la seguridad jurídica de los ciudadanos conforme lo dispone la Constitución de la República.

4.- ¿Considera que debe crearse un capítulo en el Código Penal Ecuatoriano, que tipifique las conductas de mala práctica médica?

CUADRO 4

OPCIÓN DE RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
	30	100%



FUENTE: Encuestas

ELABORACIÓN: José Briceño y Adriano Loján

Análisis de los resultados.- Los encuestados en un 100% consideran necesario que se debe reformar el Código Penal, que es imprescindible la tipificación penal de este delito de negligencia o mala práctica médica, para fijar sanciones contra quienes cometan actos que tengan consecuencias fatales o permanentes, en la vida de las personas, sin perjuicio de las indemnizaciones civiles a que den lugar como medida preventiva o coercitiva que evite la impunidad de los mismos.

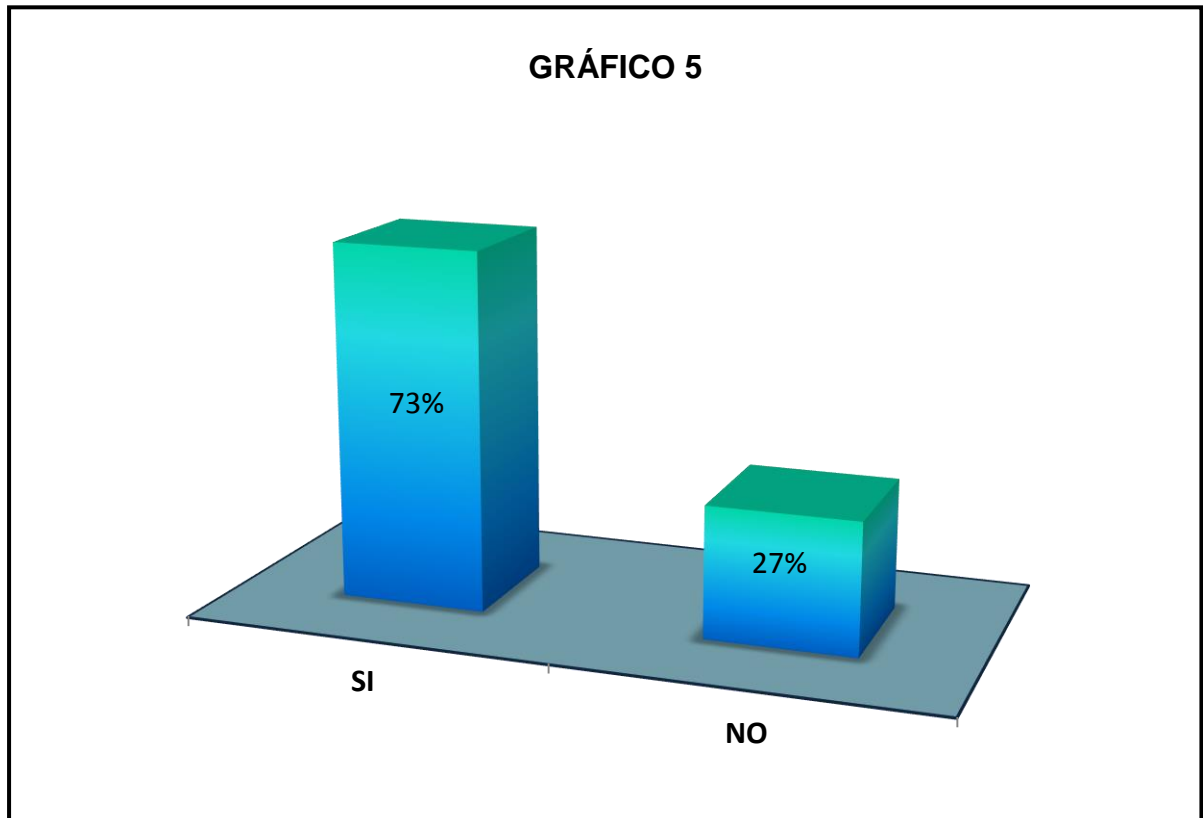
No debemos olvidar que la salud y la vida de las personas, son bienes jurídicos que deben protegerse de acuerdo a lo que establece la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Ley Orgánica de Salud, Código de Ética Médica, Ley de la Federación Médica; y que los casos de mala práctica médica de algunos profesionales, como la mala prestación de servicios de entidades en actividades relacionadas con la salud y la vida, ha causado daños y perjuicios en numerosos pacientes, quienes no han podido hacer valer sus derechos debido a la falta de normas efectivas que regulen esta situación dentro de nuestra legislación.

5.- ¿Considera que la tipificación de los actos de mala práctica médica contribuirá a proteger de mejor forma la salud y vida de las personas?

CUADRO 5

OPCIÓN DE RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73%
NO	8	27%
	30	100%

GRÁFICO 5



FUENTE: Encuestas

ELABORACIÓN: José Briceño y Adriano Loján

Análisis de los resultados.- El 73% expone que ello, contribuiría a que los profesionales y entidades de salud, asuman con mayor responsabilidad su trabajo; y, el 27% estima que las leyes no protegen a las personas de escasos

recursos económicos, a todo esto se suma la desconfianza en la administración de justicia.

Sin lugar a dudas, al tipificarse como delito la mala práctica médica en nuestro Código Penal, servirá al afectado para con seguridad jurídica reclamar sus derechos; y, al operador de justicia, tener un instrumento legal claro para aplicar la sanción, de acuerdo a la gravedad del hecho denunciado. En consecuencia, se llenará el vacío que existe actualmente en nuestra legislación penal sobre esta materia.

5.2. Análisis de entrevistas a fiscales, miembros de tribunales y jueces de Garantías Penales de la ciudad de Loja, sobre hechos de mala práctica médica

Con la finalidad de obtener criterios relacionados con el tema de investigación, se realizó entrevistas a Fiscales, Miembros de Tribunales de Garantías Penales y Jueces de Garantías Penales, cuyos resultados son los que a continuación detallamos.

Especificamos las preguntas; y respuestas en cada una de ellas:

1. ¿Constituye delito la conducta del profesional médico que en el ejercicio de su profesión cause daño a las personas por actos de acción u omisión?

Fiscales.- Entendemos que la comisión por parte de los profesionales médicos de delitos o faltas, genera responsabilidad penal del profesional. La ejecución de un acto previsto en el Código Penal como delito, naturalmente que hace responsable

a una sanción penal y obliga a la reparación de daños y perjuicios causados en la comisión del delito.

Miembros de Tribunales de Garantías Penales.- Si están tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico penal, las conductas de esta naturaleza, deben recibir una pena y consecuentemente también las acciones civiles y administrativas a que hubiere lugar.

Por la importancia que tiene el ejercicio de la profesión médica en la sociedad, al determinarse conductas negligentes, imprudentes e inobservancia de la ley o reglamentos, los profesionales de esta rama, por el principio de igualdad de las personas ante la ley, consideramos que también deben tener normas jurídicas claras y precisas que permitan juzgar este comportamiento humano.

Jueces de Garantías Penales.- Los profesionales de la salud en sí, dentro de los cuales se encuentran no sólo los médicos cirujanos como se cree, sino también los odontólogos, las obstétricas y las enfermeras, asumen la gran responsabilidad de hacer efectivo el derecho a la salud de los ciudadanos, que menciona nuestra legislación; la cual, además de garantizar este derecho, vigila la actuación de sus profesionales.

Por su parte, el Código Penal tipifica las acciones irresponsables del profesional médico de modo específico, a través de los artículos 434, 456, 459, 460; y, 472 del Código Penal, que sanciona a quienes resulten declarados culpables de muerte o lesión, sin embargo, no existe un capítulo específico que tipifique las conductas de mala práctica médica.

2. ¿La mala práctica médica debe estar tipificada como delito en el Código Penal para que sea sancionada penalmente?

Fiscales.- Debería existir una ley sobre mala práctica médica. Se podría adoptar como modelo las leyes de otros sectores como la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control o la Ley General de Bancos. Estas leyes muestran que un asunto especializado debe ser analizado previamente por quienes conocen la materia.

Así, en el caso de mala práctica médica, existiría un tribunal de honor que enviaría el análisis y juzgamiento de un caso al juzgado, para que se proceda penalmente y no en forma contraria como establece la Federación Médica actualmente. El dictamen del Colegio de Médicos puede servir como indicio de prueba para el Juzgador Penal, sin estar obligado a atenerse a su contenido, sino a la luz de la verdad y a las constancias procesales..

Miembros del Tribunal de Garantías Penales.- Siendo los actos médicos acciones del hombre, que así como producen resultados positivos, para la vida y la salud de las personas, también pueden producir efectos negativos. Estos efectos que pueden ser predecibles, accidentales y causados por ineptitud o negligencia, son llamados como actos de mala práctica, que la ley debe establecerlos, sin son de tipo penal o socialmente tolerables.

De manera que, al no encontrarse normado este tipo de conductas en el Código Penal, es urgente que la Asamblea Nacional, con seriedad, responsabilidad y con objetividad de este grave problema social, legisle en este orden, creando un capítulo específico y claro que comprenda los casos de mala práctica médica, para que los casos de esta naturaleza denunciados, tengan un procedimiento claro, ágil y de oportuna resolución.

Jueces de Garantías Penales.- Son válidas las aspiraciones de ciertos sectores por una legislación que contemple esta área, que tipifique y sancione la conducta de mala práctica médica en el ejercicio profesional médico, a efecto de mejorar la

calidad de atención médica y evitar resultados negativos en la vida, integridad física y salud de los pacientes, y evitar que las conductas de negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de leyes y reglamentos ejecutadas por los profesionales de la medicina humana, queden en la impunidad.

3. ¿Considera usted que los Asambleístas no le han dado la debida importancia a los proyectos de Ley reformativa al Código Penal sobre temas de mala práctica médica?

Fiscales.- Es cierto que en el seno del antes Congreso y ahora Asamblea Nacional, se han hecho llegar propuestas orientadas a crear un marco jurídico que tipifique este accionar médico; Empero, nunca se ha materializado y por consiguiente no se ha entregado hasta la fecha al País una ley en este sentido.

Miembros del Tribunal de Garantías Penales.- Creemos que en la anterior legislatura, como en la actual Asamblea Constituyente los hechos de mala práctica médica no ha encontrado eco e interés en la fracción mayoritaria de la Asamblea, para obtener algunos avances en esta temática. Y no porque haya disminuido la calidad individual de los nuevos asambleístas, sino porque cada vez se vuelve más evidente que la tarea de legislar es una actividad técnica, especializada, compleja, que no puede ser atendida debidamente por la Asamblea con su actual estructura, con los mecanismos de que dispone, con las limitaciones de todo tipo que le afectan; y, esa discrecionalidad limitada al resto de las responsabilidades de los diversos prestadores de servicios técnicos o de otro carácter, ha hecho que el legislador mantenga las disposiciones generales establecidas en el Código Penal y que han sido objeto de una prolongada aplicación por parte de los Órganos Jurisdiccionales.

Jueces de Garantías Penales.- Todos sabemos que el poder legislativo, está identificado no únicamente en estos últimos años, sino que es su característica peculiar, de carecer de consensos, para conseguir reformas legales necesarias.

Por naturaleza el Asambleísta de un partido debe responder a los intereses partidistas y personales, olvidando que es representante de los intereses colectivos. Ello hace que, cuando existe un proyecto de ley que pretenda establecer una normativa legal, que trata de regular las conductas de gremios profesionales, grupos de presión, surjan las presiones que hacen presa fácil a la débil personalidad del Asambleísta, que en lugar de legislar para la mayoría del pueblo ecuatoriano, adopte la posición cómoda de inclinar su decisión al grupo de presión, al gremio, e intereses particulares.

Además, los legisladores en su mayoría no tienen conocimientos, ni la experiencia necesaria para legislar en este tema. Los escenarios son el de reformas que no pasan de ser propuestas y la situación se queda igual que antes, o lo que es peor, las reformas planteadas son tan incoherentes e inconsistentes que terminan quedando en el archivo.

4. ¿Cree usted que la falta de normativa legal que tipifique la conducta de mala práctica médica ocasiona la impunidad de estas conductas?

Fiscales.- No creemos, ya que la ley es la que delimita las actuaciones humanas, y permite al Juzgador a actuar dentro de los parámetros legales, no se puede aplicar la ley penal por analogía. Si los derechos de las personas son garantizados en la Constitución de la República, las conductas de malicia, de voluntad de dañar a alguien, es lógico comprender que deben ser sancionados por la justicia común.

Miembros del Tribunal de Garantías Penales.- Entendemos que si alguien ejerce su profesión con irresponsabilidad, con negligencia, impericia,

inobservando las leyes y reglamentos, contraría el ordenamiento jurídico y altera la paz social, por consiguiente debe responder por sus actos.

Ustedes saben que se cuestiona supuestos desafueros de jueces, y no la del profesional abogado, cuando su ética es la práctica de dilatar injustificada o amañadamente, las diligencias propias de los procesos judiciales en los que actúa, sin tener en cuenta que el mismo es un medio para detener el derecho que se reclama, y no un medio para causar daño sea por el interés o causa que sea.

Jueces de Garantías Penales.- Los jueces de Garantías Penales, tenemos como deber el de garantizar los derechos de las personas, remediar y sancionar cuando la ley lo permite todo acto contrario a la dignidad, lealtad de la justicia y probidad, lo mismo que cualquier tentativa de fraude procesal, de actos procesales irregulares. Para ello, es necesario que si los intereses particulares son afectados, deben ser denunciados por las personas a quienes se les ha causado perjuicio, para que así el Órgano Jurisdiccional entre a conocer y resolver lo pertinente.

5.- ¿Qué cambios jurídicos nos puede sugerir en torno al vacío legal existente en el Código penal sobre los actos de mala práctica médica?

Fiscales.- La creación de un capítulo o una ley que contemple las conductas de mala práctica médica. El Código de Procedimiento Penal, que en su capítulo preliminar titulado "Principios Fundamentales", comprende un conjunto de garantías que guardan armonía con disposiciones constitucionales sobre derechos y garantías, de manera que su aplicación es obligatoria en la actividad de los jueces y tribunales. Por tanto esto determina que es necesario la creación de un capítulo o ley que recoja las conductas de mala práctica médica, que se suscitan en nuestra sociedad.

Miembros del Tribunal de Garantías Penales.- Pensamos que si los derechos de las personas, a la seguridad jurídica, a la salud, etc., están establecidos en la Constitución de la República, la garantía de estos derechos deben guardar armonía con el resto del ordenamiento jurídico penal y administrativo del Ecuador, esto es, con el Código Penal, Procedimiento Penal, Ley de la Federación Médica, Ley Orgánica de Salud y los Reglamentos internos de las Casas de Salud.

Sería necesario que las reformas se orienten a aplicar la prisión preventiva para los casos de mala práctica médica, lo que obligaría a tener mayor diligencia y cuidado al galeno en el ejercicio de su profesión y por ende la sociedad sería la garantizada.

Jueces de Garantías Penales.- Se tiene que reformar sus procedimientos judiciales y construir medios procesales modernos para llegar a la Justicia. La entereza de jueces y abogados honestos, Universidades, usuarios, estadistas, políticos capaces, puede transformar el orden jurídico no solamente el penal, sino en todo orden; el poder judicial y la administración de justicia en el Ecuador, que si en algo avanzado en estos últimos años, tiene mucho que cambiar, actualizar conceptos, comportamientos en orden a entender lo que es el fin de la justicia y el rol de sus operadores.

6. DISCUSIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, garantiza como un principio Constitucional, el derecho a la salud, a la igualdad de las personas, y demás derechos fundamentales del hombre.

La evolución histórica del Derecho Penal, y en especial, las concepciones para la definición del delito, ha permitido, a pesar de sus diferentes enfoques, partir de que todo delito, es decir, las conductas punibles, es la acción típicamente antijurídica y culpable. De esta definición, el elemento acción es el único de carácter sustancial, mientras los otros señalan solamente notas características o distintivas, que sirven para diferenciar el delito de las demás acciones humanas.

Delimitamos que las infracciones penales se derivan de actos u omisiones imputables, al respecto y dentro de la clasificación de las acciones, conocemos que la infracción de carácter doloso abarca en su totalidad a los llamados delitos intencionales; pero, también las infracciones penales, las comprende a las infracciones culposas, ubicándolas en los delitos inintencionales.

En la mala práctica médica, comprendemos que la culpabilidad se manifiesta no en forma voluntaria, en el deseo expreso de ocasionar un daño a las personas, que se califica como dolo, aunque excepcionalmente puede darse, sino por falta de previsión, por imprudencia en el cumplimiento de su deber, es decir que, aunque no se quiera el daño o resultado, éste se presenta como consecuencia de un acto imprudente o negligente.

La profesión médica debe regirse por el principio de la presunción de buena fe en el desempeño de la profesión, en la presunción de inocencia del médico, hasta tanto no se pruebe lo contrario; por tanto, desde el punto de vista jurídico, el delito

hace surgir la responsabilidad penal, que es la que proviene de la comisión de un delito o cuasidelito – modernamente llamado delito culposo – y que busca imponer un castigo de índole punitivo o sanción penal, al sujeto culpable del ilícito, ya sea en su calidad de autor, cómplice o encubridor.

Para poder establecer el vacío que se encuentra en nuestra legislación, y de hecho analizar y fundamentar jurídicamente, se ha realizado un estudio de los artículos del Código Penal, contenidos en el Libro Segundo, Título V, Capítulo X “De los Delitos contra la Salud Pública”, concluyendo que la mala práctica médica no esta tipificada en este cuerpo legal, ni en ley alguna que permita sancionar claramente como delito estetipo de conductas que diariamente se pone en evidencia en nuestra sociedad.

Los casos de mala práctica médica que en la realidad jurídica deben estar tipificados y sancionados como delitos, no lo existen, por ello que, en la Fiscalía y juzgados cuando les corresponde conocer estos hechos, no se los categoriza como tales, sino como lesiones, como abortos, etc., debido a que nuestra legislación penal no tipifica con claridad y precisión la mala práctica médica como una conducta atípica, proveniente del médico y personal de enfermería, sea en cirugías o en aplicación de medicamentos inadecuados. Por consiguiente frente a este vacío legal, para conseguir la imposición de una pena por estas conductas, se recurre a categorizarlas como figuras jurídicas delictivas de homicidio, lesiones inintencionales, aborto letal, en tanto que los médicos en demostración de solidaridad para con su colega, en su diagnóstico concluyen en la mayoría de las veces, que la muerte generalmente obedeció a un paro cardio-respiratorio.

Homicidio inintencional: El artículo 459 del Código Penal preceptúa: “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.” La falta de previsión o de precaución, la falta de medidas o procuración de medios para evitar el riesgo o daño futuro, determina la ausencia del elemento dolo y por consiguiente nos ubica

que estamos frente a un delito culposo, que por cierto acarrea responsabilidad penal, con pena de tres meses a dos años de prisión y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Lesiones inintencionales: El artículo 472 señala: “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial.” Tenemos entonces ausencia de dolo. El delito se comete por falta de previsión o precaución, que toda persona imputable, está obligada a observar en el ejercicio de la actividad que desarrolle. Por lo tanto se trata de un delito culposo.

Hay que señalar que estos delitos culposos se convierten en dolosos, y por ende reciben una mayor sanción, cuando el agente delictuoso, actúa en su práctica profesional con la intención de causar daño a su paciente, por ejemplo: pudiendo prever no lo hizo, debiendo actuar, no prestó su contingente oportunamente y con su conducta omisiva produjo daño en la integridad física de las personas o se derivó la muerte de un ser humano.

VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Los objetivos planteados en la presente Tesis, han merecido especial atención durante la fase de investigación de campo, para lo cual se ha recurrido a técnicas como encuestas, entrevistas y estudios de casos reales, en armonía con la revisión de normas jurídicas que contempla nuestro Código Penal ecuatoriano, donde hemos podido determinar que no existe tipificación de conductas derivadas de la actividad médica, donde se ponga en evidencia un comportamiento negligente, imprudente, falta de pericia o dolo y se produzca graves consecuencias a la salud, a la vida misma de los pacientes, generando por

consiguiendo una violación de derechos constitucionales como lo es el derecho a la salud y a la seguridad jurídica de las personas, de partes de profesionales de la Salud, en complicidad con las casas de Salud, lo que resulta inaceptable en una sociedad.

Surge entonces la importancia y necesidad de crear una normativa legal, clara y precisa en el Código Penal ecuatoriano, para este tipo de conductas que atenten contra los derechos antes enunciados, a efecto de evitar la impunidad de estas tipo de conductas, que al igual que cualquier otro delito, alteran la paz social, sembrando el descontento de la colectividad, que se resiste a aceptar que en casos tan graves como lo es la mala práctica médica, queden sin imponerse una pena al causante de serios problemas en la salud, e integridad física de las personas o quizá contra la vida de seres humanos, por el hecho de provenir estas conductas de un profesional de la medicina, lo que indudablemente atenta a un principio básico constitucional de la sociedad ecuatoriana, como lo es el que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”, consagrado en el Art. 11 numeral 2 de la Carta Fundamental del Estado.

Tenemos entonces que por este principio elevado a la categoría de norma Constitucional, todas las personas tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades. Esto es tienen el mismo derecho a laborar de acuerdo a sus capacidades y profesionalismo, el mismo derecho a percibir igual remuneración que sus compañeros, el mismo derecho al ejercicio de la defensa, a vivir en un ambiente sano, etc., pero también en el caso que nos ocupa, un profesional de la medicina, tiene el mismo deber que cualquier otro profesional de ser responsable, en las funciones y actividades a él encomendadas, tiene el mismo deber de cumplir con su juramento hipocrático, de capacitarse diariamente para la prestación de sus servicios profesionales, y más aún en tan delicada profesión donde podríamos decir que le está prohibido equivocarse, porque las graves consecuencias que produce ya sean personales, familiares y sociales.

En cumplimiento de los objetivos planteados, hemos realizado un análisis y revisión de nuestra legislación penal, determinando que no existen normas que tipifiquen o penalicen la conductas de acción u omisión en lo que concierne al ejercicio de la profesión médica, que indudablemente producen la mala práctica médica, generalmente provenientes por un acto irresponsable, culposo, negligente o imprudente, olvidan que vivimos en un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, y democrático, conforme lo dispone el Art. 1 de la Constitución de la República, que consagra el respeto a la integridad física de las personas, el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad jurídica. Por lo que consideramos que al no estar tipificado este tipo de comportamientos humanos como delito, por el principio jurídico previsto en el Art. 4 del Código Penal que dispone que en materia penal se prohíbe la interpretación extensiva, que el Juez debe atenerse estrictamente a la letra de la ley y que en caso de duda, se la interpretará en el sentido más favorable al reo. Ello hace necesario que, para que no queden en la impunidad este tipo de conductas, se debe crear una normativa legal que contemple como figuras delictivas este comportamiento humano. De lo contrario seguirá imperando la inseguridad jurídica de los pacientes, al momento de ingresar a los Centros de Salud.

La hipótesis de trabajo planteada: “El Código Penal ecuatoriano adolece de un vacío legal, al no prever como delito culposo las acciones de mala práctica médica, lo que produce la inseguridad jurídica de los pacientes en los Centros de Salud y la no igualdad ante la ley que tenemos todos los ecuatorianos como principios garantizados en la Constitución de la República del Ecuador”, la hemos justificado plenamente, tanto con investigación de campo como con literatura jurídica, concluyendo sin lugar a dudas que el Código Penal ecuatoriano, no contempla este tipo de conductas derivadas del ejercicio médico, como lo es los delitos de mala práctica médica. Esto es, que no prevé sanción alguna para el caso de producirse este tipo de delitos, lo que naturalmente contraria el orden Constitucional ecuatoriano, como es la igualdad de las personas ante la ley, previsto en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República; el derecho a la salud, previsto en el Art. 32 del mismo Cuerpo Constitucional; el derecho de toda persona a responder por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, previsto

en el Art. 54, inciso segundo de la Carta Fundamental; y, a la seguridad jurídica consagrada en el Art. 82 Ibídem.

Subyace entonces de todo ello la necesidad imperiosa de crear después del Art. 437, del capítulo X, Título V, del Libro Segundo del Código Penal, un capítulo específico que contemple los delitos de mala práctica médica, que sancione los delitos contra un bien jurídicamente protegido, como lo es la vida, la integridad física y salud de las personas.

7. CONCLUSIONES:

1.- La conducta humana, ha generado la base de clasificación de los delitos de comisión, de omisión propia, de omisión impropia también llamados de comisión por omisión y de omisión, conceptualizándolo al delito como la acción u omisión típicamente, antijurídica y culpable a la que está señalada una pena.

2. Que siendo el delito de mala práctica médica, tanto acciones como omisiones; la culpa se singulariza como una falta, como un defecto de la conducta o de la voluntad o del intelecto; una desatención o un descuido, la carencia de los conocimientos científicos necesarios para el caso, o de la técnica aplicable. Estas limitaciones evidencian que no se observa un comportamiento responsable, para evitar las infracciones en el ejercicio de la salud, que de modo injustificado han generado daño a los pacientes como resultado de: negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de la ley, órdenes o reglamentos.

3. Los estudios realizados demuestran que el origen de la obligación y responsabilidad médico-paciente, se inicia desde el momento que un responsable de la salud, acepta el ingreso de un paciente a un establecimiento público o privado o bien desde que comienza en la atención de éste. Nace un contrato tácito de cumplimiento obligatorio y con ello, se originan los derechos y obligaciones de las partes. El derecho del paciente a recibir la atención debida y la obligación de los profesionales de la salud a prestársela.

4. Que los delitos de mala práctica médica surgen como consecuencia de un accionar profesional médico realizado con imprudencia, negligencia, impericia culpa, dolo e inobservancia de los reglamentos u órdenes, en el ejercicio de su profesión o arte de curar; y, que de esa actuación culpable, se ocasiona daños a las personas a quienes se les presta el servicio.

5. Que los actos de mala práctica médica, son comportamientos atípicos y culposos ocasionados por los profesionales de la medicina, venidos desde la antigüedad y en razón de la gravedad, siempre se ha tratado de regularla como un delito, así tenemos que en el Código de Hammurabi, (1792-1750 a.C) ya se fijó reglas sobre la responsabilidad del médico, estableciéndose penas severas, por presuntos errores médicos, posteriormente también lo hizo Grecia y Roma.

6. Que la mala práctica médica siendo una forma de comportamiento humano antijurídico, por el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, debe estar sancionado en la legislación penal ecuatoriana de manera clara y precisa, para evitar inseguridad jurídica de las personas en el lecho del dolor.

7. Que la inexistencia de una norma legal que sancione al profesional médico, permite la impunidad de estas conductas atípicas, permitiendo la reincidencia de estos delitos.

8. Que como producto de la mala práctica médica, un sinnúmero de pacientes han sufrido graves consecuencias físicas, biológicas, ha perdido la vida, con lamentables consecuencias familiares, económicas, y sociales: por tanto es necesario crear una normativa legal que tipifique estas conductas.

8. RECOMENDACIONES

1.- Que los señores Asambleístas de nuestro País, reconociendo este vacío jurídico que existe en el Código Penal, como lo es la inexistencia de normas jurídico-penales que tipifiquen los infinitos y casi diarios casos de mala práctica médica, acojan este modesto proyecto de reformas al Código Penal y lo aprueben, para dar seguridad jurídica a los pacientes, en todos los centros médicos del País.

2.- Que el Estado ecuatoriano, con el objetivo de garantizar el derecho a la salud de todas las personas, en cumplimiento a lo que estipula la Constitución de la República, a través de sus diferentes órganos, realice campañas de difusión orientadas hacer conocer que, la salud es un derecho constitucional y que los Centros de Salud están en la obligación de atender en forma inmediata, sin exigencia previa alguna, al ser humano en casos de emergencia, con absoluta responsabilidad.

3.- Que el Ministerio de Salud Pública, exija a todos los Centros de Salud sean públicos o privados, actualicen los Reglamentos Internos de funcionamiento, acorde con el capítulo de Reformas al Código Penal, que contempla los delitos de mala práctica médica, para que la legislación ecuatoriana, tenga uniformidad conforme lo dispone el Art. 169 de la Carta Magna.

4.- Que todas las Universidades del País, donde se formen profesionales de la Salud, de la naturaleza que fueren, en el último año académico se imparta una asignatura de Ética Profesional, donde estará comprendida las responsabilidades jurídico-penales de los profesionales de la salud, en casos de producir malas prácticas médicas.

5.- Que el Gobierno Nacional, dote a todos los Centros de Salud Pública del País, de la infraestructura necesaria, de instrumentos y equipos acorde a la actual tecnología en que se vive, mejore la remuneración de los profesionales de la salud y exija de ellos el cumplimiento del juramento hipocrático, la solidaridad, el humanismo, responsabilidad y la honestidad de todos quienes laboran en estas Instituciones, cuyo único fin será luchar por la salud y vida de las personas.

6.- Que los señores Asambleístas, en cumplimiento de su deber, reformen el Código de la Salud, la Ley de Federación Médica Ecuatoriana, la Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos, con armonía al capítulo creado en el Código Penal, conforme a este Proyecto de reforma que contempla como delitos los casos de mala práctica médica.

9. PROPUESTA:**ASAMBLEA NACIONAL****LA COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN****CONSIDERANDO:**

Que en el Ecuador, diariamente se producen casos de mala práctica médica, produciendo graves consecuencias familiares, económicas y sociales, como también para la integridad física y vida de las personas, los mismos que en su mayoría quedan en la impunidad, por falta de una normativa legal que contemple y sancione estas conductas atípicas.

Que el inciso segundo del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República establece que ninguna persona puede ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

Que las normas legales estipuladas en la Ley de Federación Médica del Ecuador y su Reglamento, no contiene normas punitivas para sancionar las conductas culposas, o dolosas derivadas del ejercicio de la profesión médica.

Que siendo el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia, nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no está tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de

otra naturaleza, ni se le puede aplicar una sanción no prevista en la Constitución o en la ley, atento a lo dispuesto en el Art. 1 y Art.76 numeral 3 de la Carta Fundamental.

Que siendo la salud un derecho de las personas garantizado por el Estado ecuatoriano, por el que está obligado a protegerlo mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención, integral de salud, salud sexual y salud reproductiva, es necesario velar por su efectivo cumplimiento.

Que la prestación de servicios de salud en el Ecuador, se rige por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

Que el sistema nacional de salud comprende las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud, comprendiendo todas las dimensiones del derecho a la salud, garantizando la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles.

Que el Art. 54 de la Constitución de la República dispone, que “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil o 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”.

Que el inciso segundo del Art. 54 *Ibíd*em, imperativamente dispone que “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión,

arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”

Que el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República consagra como uno de los derechos fundamentales de las personas, la igualdad ante la ley, la igualdad de derechos, deberes y obligaciones.

Que la actual Constitución de la República en su artículo 169, dispone que las normas procesales en el Ecuador deben guardar uniformidad, eficacia, para hacer efectivas las garantías del debido proceso, y el principio constitucional de la tutela efectiva de los derechos y la igualdad de las personas ante la ley.

Que siendo el más alto deber del Estado, respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución conforme lo estipula el Art. 11 numeral 9 de la Carta Magna, es prioritario crear normas jurídico-penales, que garanticen el derecho de la salud de las personas y su recuperación, como también su seguridad jurídica a partir del ingreso a las Casas de Salud.

Que el Art. 82 de la Ley Suprema del Estado consagra y dispone que “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”;

Que la protección de la salud de los seres humanos y la vida misma, son derechos inalienables consagrados en la Constitución de la República;

Que los pacientes al ingresar a un Centro de Salud, tienen derecho a ser atendidos responsable y oportunamente, a conocer la naturaleza de su

enfermedad, su diagnóstico médico, sus posibles alternativas de tratamiento, respetando su privacidad y dignidad humana; y,

Que al no haber normas jurídicas claras que tipifiquen las conductas de mala práctica médica, éstas quedan en la impunidad, atentándose de esa manera al principio de igualdad de las personas ante la ley, al derecho a la salud y a la seguridad jurídica;

En ejercicio de las atribuciones consagradas en el Art. 134 de la Constitución de la República, expide el siguiente:

PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art. 1- Después del Art. 437, del capítulo X, Título V, del Libro Segundo del Código Penal, agréguese un capítulo específico que dirá: DE LOS DELITOS DE MALA PRÁCTICA MÉDICA, que comprenderá los siguientes artículos:

Art. (...) Son delitos de mala práctica médica, todos los hechos provenientes del ejercicio médico, que produzcan daño o lesiones en la salud o integridad física de las personas o causen la muerte de las mismas.

Art. (...) El médico cirujano, obstetríz, especialista, practicante, enfermero, anesthesiólogo, auxiliar o cualquier otro profesional de la salud que en el ejercicio de su profesión a consecuencia de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, hubiere causado la muerte de una persona, será reprimido con pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años de cárcel y la indemnización de daños y perjuicios.

Art. (...) El médico o cualquier profesional de la Salud que en el ejercicio de su profesión ocasionare la muerte de una persona, por equivocación en el diagnóstico, en la receta, despacho o administración errónea de medicamentos, será reprimido de uno a tres años de prisión correccional, mas la indemnización de daños y perjuicios.

Art. (...) El profesional de la salud que por cualquiera de las causas anotadas en el artículo anterior, ocasionare la pérdida de un órgano o lesiones graves en una persona que pase de noventa días de incapacidad para el trabajo, será reprimido con pena de prisión correccional de uno a tres años y la indemnización de daños y perjuicios.

Art. (...) Si como consecuencia de la mala práctica médica se ocasionare al paciente enfermedad o daño incurable en la salud e integridad física, estética, el profesional de la salud causante de estos hechos, será sancionado con prisión de uno a tres años y la indemnización de daños y perjuicios.

Art. (...) La reincidencia específica, será sancionada aplicándose el máximo de las penas previstas para el caso de mayor gravedad.

Art. (...) En caso que un paciente en estado de emergencia no fuere atendido en un Centro de Salud, por negligencia, irresponsabilidad, por falta de pago previo; y, por falta de atención oportuna e inmediata éste falleciere, el médico de turno o la persona bajo cuya responsabilidad debió prestarse la atención de emergencia, será sancionado con prisión correccional de dos a cinco años, más la indemnización de daños y perjuicios, siendo el Centro de Salud responsable solidario con dicho profesional.

Art. (...) Los jefes departamentales, los laboratoristas, los médicos especialistas, las autoridades de salud de cualquier Centro Médico, que no prestaren las facilidades del caso, entorpecieren las investigaciones en casos de mala práctica médica, serán sancionados con pena de uno a tres años de prisión, considerándolos como encubridores.

Art.2. La presente reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, en Quito, Distrito Metropolitano, a los veinte días del mes de julio del año dos mil diez.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

Área Jurídica, Social y Administrativa

Nivel de Postgrado

Maestría en Ciencias Penales.

Estimados Magistrados, Jueces, Fiscales y Abogados Penalistas de la ciudad de Loja.

Encarecidamente nos permitimos solicitar a ustedes su valiosa colaboración para que se sirvan contestar la presente encuesta. Sus respuestas nos permitirán desarrollar la investigación que nos encontramos realizando sobre **“La impunidad de la Mala Práctica Médica. Un diagnóstico en la ciudad de Loja”**, lo cual será de gran ayuda para lograr su tipificación en el Código Penal Ecuatoriano.

Las preguntas serán contestadas con una (x) dentro del paréntesis.

1. ¿Cree usted que en nuestro país existe la mala práctica médica?

SI ()

NO ()

¿Porqué?.....

.....

2. ¿Cree que los hechos de mala práctica médica al no estar tipificados en el Código Penal Ecuatoriano quedarían en la impunidad?

SI ()

NO ()

¿Porqué?.....
.....

3. ¿Considera que en la legislación penal ecuatoriana se encuentran tipificados y sancionados los actos de mala práctica médica?

SI ()

NO ()

¿Porqué?.....
.....

4. ¿Considera que debe crearse un capítulo en el Código Penal Ecuatoriano que tipifique las conductas de mala práctica médica?

SI ()

NO ()

¿Porqué?.....
.....

5. ¿Considera que la tipificación de los actos de mala práctica médica contribuirá a proteger de mejor forma la salud y vida de las personas?

SI ()

NO ()

¿Porqué?.....
.....



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

Área Jurídica, Social y Administrativa

Nivel de Postgrado

Maestría en Ciencias Penales.

Estimados Magistrados, Jueces, Fiscales y Abogados Penalistas de la ciudad de Loja.

Encarecidamente nos permitimos solicitar a ustedes su valiosa colaboración para que se sirvan contestar la presente entrevista. Sus respuestas nos permitirán desarrollar la investigación que nos encontramos realizando sobre **“La impunidad de la Mala Práctica Médica. Un diagnóstico en la ciudad de Loja”**, lo cual será de gran ayuda para lograr su tipificación en el Código Penal Ecuatoriano.

1. ¿Constituye delito la conducta del profesional médico que en el ejercicio de su profesión cause daño a las personas por actos de acción u omisión?

.....
.....

2. ¿La mala práctica médica debe estar tipificada como delito en el Código Penal para que sea sancionada penalmente?

.....
.....

3. ¿Considera usted que los Asambleístas no le han dado la debida importancia a los proyectos de Ley reformativa al Código Penal sobre temas de mala práctica médica?

.....
.....
.

4. ¿Cree usted que la falta de normativa legal que tipifique la conducta de mala práctica médica ocasiona la impunidad de estas conductas?

.....
.....

5. ¿Qué cambios jurídicos nos puede sugerir en torno al vacío legal existente en el Código penal sobre los actos de mala práctica médica?

.....
.....

Gracias por su colaboración

11. BIBLIOGRAFÍA:

- ALBÁN GÓMEZ, Ernesto: Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General; Tercera Edición, Ediciones Legales, Quito.
- AULA: Educación Cívica – Ecología; Cultural S.A., Madrid, 1994.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel: Manual de Derecho Penal – Parte General; Tercera Edición, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte General; PPU, Barcelona, 1994.
- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental; Octava Edición, Heliastra S.R.L., Buenos Aires, 2006.
- CÓDIGO PENAL: Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito, 2009.
- CÓDIGO PENAL DE CHILE; disponible en Web: pdf.
- CÓDIGO PENAL DEL PERÚ; disponible en Web: pdf.
- CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA; disponible en Web: pdf.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.: Tipicidad e Imputación Objetiva; Segunda Edición, Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, 1998, (consultado el 18 de Julio del 2009), disponible en Web: <http://www.elprisma.com/apuntes/apuntes.asp?page=17.categoria=402>
- ETCHEBERRY, Alfredo: Derecho Penal; Tomo I, Segunda Edición, Editora Nacional Gabriela Mistral Impresores, Santiago, 1976.
- GUZMÁN LARA, Aníbal: Diccionario Explicativo del Derecho Penal; Tomo I y II, Segunda Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1989.
- HURTADO POZO, José: Manual de Derecho Penal – Parte General I; Tercera Edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2005.

- IRAOLA, Lidia Nora y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Hernán: Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis; disponible en Web: http://www.ama-med.org.ar/servicios_profesional2.asp?id=14 (consultado el 21 de Julio del 2009).
- JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman y GUZMÁN REGALADO, Jaime: La Obligación y Responsabilidad Médica; Facultad de Jurisprudencia Universidad Nacional de Loja, Loja, 1993.
- JESCHECK, J.: Tratado de Derecho Penal, Parte General; Cuarta Edición, Editorial Comares, Granada, 1993.
- LABATUT GLENA, Gustavo: Derecho Penal; Tomo I, Octava edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
- LEY DE LA FEDERACIÓN MÉDICA ECUATORIANA: Citado por JARAMILLO ORDÓÑEZ y GUZMÁN REGALADO; La Obligación y Responsabilidad Médica; Facultad de Jurisprudencia Universidad Nacional de Loja, Loja, 1993.
- LEY ORGÁNICA DE SALUD: Registro Oficial; Año II – Quito, Viernes 22 de Diciembre del 2006 –.
- MOISÉS PONCE, Malaver: Director de la División Central de Exámenes Médicos-legales; disponible en Web: <http://unslgderechomedlegalamericas.tripod.com/> (consultado el 20 de Agosto del 2009).
- MUNOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal, Parte General; Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PUIG PEÑA, Federico: Derecho Penal; Tomo I, Segunda Edición, Barcelona, 1950.

- QUINTERO OLÍVARES, Gonzalo: Manual de Derecho Penal, Parte General; Tercera Edición, Editorial Aranzandi, Madrid, 2002.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén: Manual de Derecho Penal; Tomo I, Editorial Félix Varela, Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: Derecho Penal Español, Parte General; Decimotercera Edición, Ediciones Dykinson, Madrid, 1990.
- ROMEO CASANOVA, Carlos María: La Responsabilidad Penal del Médico por Mala Práctica Profesional; en Revista de Derecho Penal, Delitos Culposos II, Director Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino; Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963.

ÍNDICE:

	Pág.
PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
1. RESUMEN O ABSTRACT.....	1
2. INTRODUCCIÓN.....	6
3. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
3.1. Delitos de acción.....	9
3.1.1. La ausencia de acción.....	11
3.2. Delitos de omisión.....	16
3.2.1. Delitos de omisión simple o propia.....	18
3.2.2. Delitos de comisión por omisión.....	20
3.3. Conductas dolosas.....	22
3.4. Conductas culposas.....	25
3.4.1. Tipos de actuación culposa.....	26
3.4.2. Formas de actuación culposa.....	28
3.5. Conductas negligentes.....	29
3.6. La inobservancia de la ley, reglamentos y disposiciones administrativas en el campo médico.....	32
3.7. El sujeto pasivo del delito culposo.....	37
3.7.1. Sujeto pasivo.....	40
3.7.2. Sujeto pasivo de la conducta.....	40
3.7.3. Sujeto pasivo del delito.....	40
3.7.4. Objeto material.....	42
3.7.5. Objeto jurídico del delito.....	43
3.8. El sujeto activo del delito culposo.....	43
3.9. La mala práctica médica como una conducta de carácter culposa.....	45
3.9.1. La mala práctica médica.....	46
3.9.2. Responsabilidad penal.....	48
3.9.3. Responsabilidad médica y lex artis.....	49
3.10. Consecuencias socio-jurídicas de la mala práctica médica referentes al galeno y casa de salud.....	52
3.11. Legislación Comparada.....	54
3.12. Necesidad de crear un capítulo específico en el Código Penal ecuatoriano, que tipifique la conducta de la mala práctica médica.....	58
3.13. Estudios de denuncias y procesos por hechos de mala práctica médica en la fiscalía y juzgados de lo penal de la ciudad de Loja.....	65
3.13.1. Diagnóstico en la ciudad de Loja.....	65
3.13.2. Datos de casos referenciales en la ciudad de Loja.....	66
4. MATERIALES Y MÉTODOS.....	79
5. RESULTADOS.....	81
5.1. Análisis de las encuestas aplicadas a magistrados, jueces, fiscales y abogados penalistas de la ciudad de Loja.....	81

5.2.	Análisis de las entrevistas a fiscales, miembros de los tribunales y jueces penales de la ciudad de Loja, sobre hechos de mala práctica médica.....	88
6.	DISCUSIÓN.....	95
7.	CONCLUSIONES.....	101
8.	RECOMENDACIONES.....	103
9.	PROPUESTA.....	105
10.	BIBLIOGRAFÍA.....	116
ÍNDICE	119