

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO



TITULO

“Necesidad de Reformar el Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de establecer la tipificación y penalización de la Mala Práctica Profesional Médica”.

**Tesis previa a la obtención
del Grado de Abogada.**

AUTORA:

Cristhel Dolores Salazar Torres

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mg. Sebastián Díaz Páez

LOJA – ECUADOR

2015

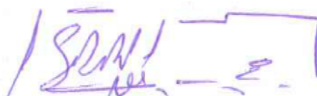
CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Sebastián Díaz Páez Docente de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia.

CERTIFICA:

Haber revisado prolijamente el trabajo de investigación intitulado **“Necesidad de Reformar el Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de establecer la tipificación y penalización de la Mala Práctica Profesional Médica.”** realizado por la Señora; Cristhel Dolores Salazar Torres por lo que autorizo su presentación para la defensa y sustentación, por cumplir los lineamientos metodológicos y sujetarse al Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación y publicación.

Loja, Noviembre del 2015.



Dr. Mg. Sebastián Díaz Páez

DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, **Cristhel Dolores Salazar Torres**, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la universidad Nacional de Loja, y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos y acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de la presente tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma: 

Autora: Cristhel Dolores Salazar Torres

Cédula: Nro. 0705142693

Fecha: Loja, 24 de Noviembre de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo Cristhel Dolores Salazar Torres, declaro ser autora del presente trabajo de tesis titulada; **“Necesidad de Reformar el Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de establecer la tipificación y penalización de la Mala Práctica Profesional Médica”**, como requisito para optar por el Grado de **Abogada**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja, para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la posibilidad de su contenido de la siguiente manera en el repositorio digital institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja, a los 24 días del mes de Noviembre del dos mil quince, firma la autora.

FIRMA: 

AUTORA: Cristhel Dolores Salazar Torres

CÉDULA: 0705142693

DIRECCIÓN: Tungurahua-Ambato Imbabura y Chapera

CORREO ELECTRÓNICO: khrisley19@gmail.com

TEL. CELULAR: 0983309715

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Sebastián Díaz Páez

TRIBUNAL DE GRADO:

PRESIDENTE: Dr. Marco V. Ortega Cevallos.

VOCAL: Dr. Mg. Darwin Quiroz Castro.

VOCAL: Dr. Mg. Bernardo Hurtado Flores.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar quiero agradecer a Dios, quien me encomendé desde el principio al iniciar mi carrera, y que me permitió estar aquí presente, a mi familia, los confiaron en mí y los que no lo hicieron, porque fueron mi fuerza para demostrarles que pude alcanzar mi objetivo a pesar de todas las cosas.

Agradezco a la Universidad Nacional de Loja al área de la modalidad de estudios a distancia, a la carrera de derecho, por haberme dado la oportunidad y el apoyo para realizar este tema tan importante para nuestra sociedad;

A mi maestro quien con su conocimiento supo infundirnos el afán de investigación y superación.

DEDICATORIA

Dedico este presente trabajo a una persona muy especial que hoy no está conmigo, a mi Abuelito José Antholiano Torres Cevallos, que siempre estuvo cuando más lo necesitaba y supo darme su apoyo incondicional y su voz de aliento, desde el principio, el cual le prometí terminar mi carrera y ahora le estoy cumpliendo.

A mi esposo, por ser incondicional, a mi hijo por ser mi pilar y a mi suegro por apoyarme siempre, quienes han sabido comprender y darme fuerza para seguir adelante en mis estudios.

A mis padres, por permitirme, proyectar mi vida hacia el éxito, con el único afán de ver cumplir mis objetivos.

TABLA DE CONTENIDOS

Portada
Certificación
Autoría
Carta de Autorización
Agradecimiento
Dedicatoria
Tabla de contenidos

1. Título

2. Resumen

2.1 Abstract

3. Introducción

4. Revisión de Literatura

4.1 Marco Conceptual.

4.1.1 Mala Práctica Médica

4.1.2 Iatrogenia.

4.1.3 Dolo

4.1.4 Responsabilidad

4.1.5 Responsabilidad Profesional

4.1.6 Responsabilidad Médica

4.1.7 La Culpa en la Mala Práctica Médica

4.1.8 Responsabilidad Civil

4.1.9 Daño

4.1.10 Reparación del Daño

4.1.11 La responsabilidad del Profesional de la salud en el campo Penal.

4.1.12 Responsabilidad Dolosa

4.1.13 Responsabilidad Culposa

4.1.14 Teoría del Delito

4.1.15 Delito

4.2 Marco Doctrinario.

4.2.1 Mala Práctica Médica como Delito

4.2.2 Elementos que conforman el Delito.

4.2.3 Nexo de Causalidad de la Mala Práctica Médica

4.2.4 Antecedentes Históricos de la Mala Práctica Médica

4.2.5 Consentimiento Informado

4.3 Marco Jurídico.

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador

4.3.2 Código Orgánico de la Salud

4.3.3 Código Civil

4.3.4 Código Orgánico Integral Penal

4.3.5 Ley de Federación Médica Ecuatoriana

4.4 Legislación Comparada

4.4.1 Legislación de Argentina

4.4.2 Legislación de Chile

4.4.3 Legislación de Guatemala

4.4.4 Legislación de España

4.4.5 Código Federal de México

4.4.6 Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco

4.4.7 Código Penal para el Nuevo Estado de León

5. Materiales y Métodos

5.1 Materiales utilizados

5.2 Métodos Utilizados

6. Resultados

6.1 Análisis de la Aplicación de la Encuesta

6.2 Resultados e interpretación de la investigación de campo y observación realizada en esta ciudad de Ambato.

6.3 Estudio del Caso

7. Discusión

7.1 Verificación de Objetivos

7.2 Contrastación de Hipótesis

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

8. Conclusiones

9. Recomendaciones

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica

10. Bibliografía

11. Anexos

1. TITULO

“NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL CON LA FINALIDAD DE ESTABLECER LA TIPIFICACIÓN Y PENALIZACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA PROFESIONAL MÉDICA”

2. RESUMEN

El tema de la responsabilidad Civil y Penal en materia de salud es hoy un asunto de amplia discusión en nuestro país y en el resto del mundo. La responsabilidad es la obligación que se tiene de reparar los daños ocasionados a otro, siempre que concurren los tres elementos constitutivos: la existencia de una actuación determinada por valores subjetivos (dolo o culpa), el daño o perjuicio y el nexo causal entre uno y otro, y que la responsabilidad del médico debe considerar muchas variantes, ya que se puede analizar penal y civilmente, así como extracontractual y contractualmente. Sin embargo, en el caso de la responsabilidad extracontractual derivada del ejercicio de la profesión de la medicina, concurren en su determinación, además de factores propios de su ejercicio privado, otros de carácter público y algunos que trascienden la esfera de lo concreto, como son los preceptos éticos y morales.

En la actualidad para nadie es ajeno que en el Ecuador existen casos de mala práctica médica, lo cuales en este tiempo han ido en incremento.

Pero así mismo vemos a familias afectadas, y a profesionales de la salud que quedan impunes los cuales ante la falta claridad en el Código Orgánico Integral Penal, no recibieron una sanción acorde a la gravedad de los hechos después de atentar contra la vida e integridad de las personas. Nadie pide que sean infalibles, eso sería poco realista, pero se

debe establecer responsabilidades cuando existen casos graves y comprobados de mala práctica profesional.

En la mala práctica médica es muy difícil llegar al éxito en un reclamo judicial ya que la carencia de un tratamiento específico en los casos de mala práctica médica en el ordenamiento jurídica ecuatoriano, provoca que la víctima de este acto no exija justicia. En materia penal, la práctica médica en general ha sido encasillada asimilándola con delitos que existen dentro del Código Orgánico Integral Penal, pero no tratándola como un delito independiente, creando un gran vacío legal al momento de resolver estas actuaciones. Surge por esto la necesidad de dar respuesta jurídica a esta nueva realidad, buscando la mejor manera de equilibrar los intereses de protección al paciente afectado por una mala atención médica.

La deficiente interpretación en materia civil y penal en los casos de mala práctica médica con respecto a la responsabilidad y solicitud de pruebas en los procesos judiciales, por parte de las autoridades legislativas ocasionan el incremento de dificultades, para determinar cuál es la mejor manera de sancionar el accionar Médico.

2.1 ABSTRACT

The theme of the Civil and Criminal responsibility in health is now a matter of much discussion in our country and the world. Accountability is the obligation is to repair damage to another, provided that all three constituent elements: the existence of a specific action by subjective values (intent or negligence), damage or injury and the causal link between one and another, and that the responsibility of the physician must consider many variants, since it can analyze criminal and civil, as well as tort and contract. However, in the case of non-contractual liability for the exercise of the profession of medicine, concur in your determination, plus his own private practice factors, other public and some that transcend the realm of the concrete, such as ethical and moral precepts.

Today it is no stranger in the world of medical malpractice cases in Ecuador, which at this time I have been on the increase.

But also we see, and healthcare professionals affected families go unpunished which at the lack of clarity in the Organic Comprehensive Criminal Code, did not receive a penalty according to the seriousness of the facts after threatening the lives and safety of the people. Nobody asks to be infallible, that would be unrealistic, but should establish accountability when there are serious cases and proven malpractice.

In medical malpractice is very difficult to achieve success on a legal claim because the lack of specific treatment in cases of medical malpractice in the Ecuadorian legal system, causes the victim of this act does not require justice. In criminal matters, medical practice has generally been typecast assimilating with crimes that exist within the Criminal Code of Integral but not treating it as a separate offense, creating a big loophole when solving these proceedings. This arises from the need for a legal response to this new reality, seeking the best way to balance the interests of patient protection affected by poor medical care.

Poor performance in civil and criminal matters in cases of medical malpractice with regard to liability and application of evidence in judicial proceedings, by the legislative authorities causing increasing difficulties to determine what is the best way to punish Medical action.

3. INTRODUCCIÓN

La Medicina solo puede “asegurar” que lo realizado médicamente en un caso particular responde a las pautas y normas de la lexartis. A su vez, el Derecho sólo puede “asegurar” que si la conducta del profesional se ajusta a las normas y pautas de la lexartis, muy probablemente será exonerado de responsabilidad en caso de verse implicado en un reclamo judicial. Pero ninguna de ellas puede asegurar el resultado de lo realizado médicamente o judicialmente.

He contemplado con preocupación cómo los casos de presunta mala práctica médica, se han ido convirtiendo poco a poco en un problema común en la sociedad y cómo a pesar de que dicha problemática embiste a cualquier ciudadano sin distinción alguna, ello no ha motivado a las autoridades a prevenir dicho flagelo y a sancionarlo adecuadamente.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano carece de regulación legal de la mala práctica médica y solamente preceptúa la responsabilidad civil de los profesionales que causen daños o perjuicios por ignorancia o negligencia inexcusable, es decir que mediante dicha disposición el sujeto que hubiere sufrido daños o perjuicios solamente podrá reclamar el resarcimiento de ellos, no así la imposición de pena alguna para quien lo hubiere causado, pues dicho comportamiento no se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, por lo que el presente

estudio se propuso ilustrar la ausencia de regulación legal de la mala práctica médica, toda vez que en la investigación preliminar no se encontró norma alguna que de manera específica regular tal conducta.

El número de quejas y demandas originadas por la prestación de los servicios médicos en la actualidad, nos obliga a reflexionar acerca de las causas que han motivado su incremento y, sobre todo, exige particularmente de la comunidad médica y legal un conocimiento profundo sobre la materia, pues en la solución de estas controversias está involucrado uno de los intereses fundamentales que le asiste a todo ecuatoriano: el derecho a recibir prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea.

En ese orden de ideas, y con el objeto de llegar a una conclusión objetiva, se estructuró el trabajo, habiéndose planteado en el plan de investigación la siguiente hipótesis: La legislación ecuatoriana, no establece claramente un conocimiento acerca de los parámetros a seguir y cumplirse, respecto a la sanción clara de la mala práctica médica, y que tenga una respuesta positiva para el paciente en cuanto a la reparación del daño de él y su familia

Ante los planteamientos anteriores y con el fin de colaborar en la solución del problema, en esta investigación se aportan elementos de conocimiento, teóricos, legales y sociales, habiéndose utilizado

especialmente el método inductivo, el sintético y el analítico, así como las técnicas de investigación bibliográfica y documental, la encuesta, pues luego del análisis de leyes generales contrastadas con la realidad y de aplicar las normas legales y teorías existentes, relacionadas con hechos aparentemente aislados unificando sus elementos se arribó a la conclusión que confirma la hipótesis planteada, en el sentido que la investigación arroja datos reales y objetivos que demuestran que en la realidad, la ausencia de norma legal, no establece claramente un conocimiento acerca de los parámetros a seguir y cumplirse, respecto a la sanción y sus aspectos circundantes, promueve y favorece tal conducta

Insisto que la responsabilidad médica, es una parte de la responsabilidad en general, aun cuando las acciones de los profesionales del arte de curar, nuestra Constitución lo contempla con especial interés, de tal manera que la responsabilidad profesional de los médicos, implica la obligación de éstos de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en su práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, pudiendo adquirir a veces relevancia jurídica, que incluye: La Responsabilidad Médica, civil, penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 MALA PRACTICA MEDICA.-

No queremos decir que se produzca mala práctica por ignorancia ya que en ningún momento el médico puede ser ignorante de la medicina pues dicho profesional para el ejercicio de la profesión debió adquirir los conocimientos necesarios para ello lo cual lo despoja del calificativo de ignorancia en relación a dicha rama del conocimiento.

“La Mala Praxis médica es la inadecuada actuación del facultativo médico tratante y se incurre en ella cuando el profesional médico no se ajusta a los criterios de la Lex Artis, que son los criterios de la atención adecuada seguidos por toda la comunidad sanitaria y científica”¹

Con lo referente a la inadecuada actuación del facultativo debemos tener en cuenta que la lex artis, es el conjunto de reglas que norma al profesional de la medicina a su profesión; y podemos decir que la mala práctica médica tiene lugar cuando se realiza en el ejercicio de la medicina, causando daño a una persona, ya sea por comisión u omisión de manera deliberada o bien por impericia, negligencia o imprudencia, faltando al código de ética que les rige a todos los profesionales de la salud.

¹ Lincoln Maylle, Antaurco. Què es mala pràctica mèdica. <http://www.lincolnmaylleantaurco.blogspot.com>. (02-02-2009)

De manera complementaria a lo manifestado, se ha señalado que la mala práctica médica consiste en que:

“...[T]oda acción médica errada de acuerdo a la opinión de expertos médicos; esto significa que no se define por la opinión del paciente o de sus familiares y amigos, y que tampoco puede definirse por la opinión del juez que participa del caso, cuya misión es definir la culpabilidad de la mala praxis y la magnitud del resarcimiento del perjudicado”²

El profesional debió haber actuado de forma descuidada, con imprudencia, impericia, inobservancia y/o negligencia, determinando así por medio de estos elementos su culpabilidad y responsabilidad, ante ésta forma errada de actuar.

4.1.2 IATROGENIA.-

La falta de capacitación, experiencia necesaria, puede inducir al médico a cometer graves errores dentro de su profesión, presentados como cambios negativos ante un paciente durante el diagnóstico, el tratamiento médico o quirúrgico y la rehabilitación; por lo que podríamos deducir que es la causación de eventos o efectos, los mismos que se traducen en un daño efectivo o potencial a la salud o integridad física y mental del paciente.

² S. PÉREZ. Mala práctica médica. <http://www.enplenitud.com/nota.asp?articuloID=1080>

Concepto: Iatrogenia viene “Del griego IATROS: médico (curar) y GENOS: origen. Es el daño en el cuerpo o en la salud del paciente, causado por el médico a través de sus acciones profesionales, conductas o medios diagnósticos, terapéuticos, quirúrgicos, psicoterapéuticos, etc., y que este daño o resultado indeseado no le es imputable jurídicamente”³

Por otro lado, en muchas ocasiones se produce iatrogenia cuando se da un efecto adverso como la lesión, el daño, la enfermedad o la muerte del paciente, como resultante de un diagnóstico equivocado, del empleo incorrecto de un fármaco o de la incorrecta ejecución de un procedimiento; obedeciendo esto a una acción u omisión como resultado de impericia, equívoco, descuido, olvido, imprudencia; acciones que caen en la negligencia, de los profesionales de la salud, más aun cuando tienen pleno conocimiento sobre los efectos y consecuencias que podría acarrear por la prescripción inadecuada, haciendo caso omiso y con una actitud dolosa, además con premeditación o deliberación, receta un medicamento realizando con ello un mal procedimiento médico.

4.1.3 DOLO.-

El dolo podemos decir que es la voluntad maliciosa que persigue el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de mentiras y perspicacias o de la ignorancia ajena, pero sin intervención de

³ <http://unslgderechomedlegal.americas.tripod.com/>

fuerza ni de amenazas constitutivas y éstas de otros vicios jurídicos. “En general dentro del mundo del derecho, el dolo significa la maldad jurídica; el perjuicio consciente y en que se consiente: la práctica voluntaria del mal; la perfidia, la mala intención, la saña, la crueldad, la mala fe, la traición; en resumen el repertorio o síntesis de lo negativo en los valores sociales y en la conducta individual”.⁴

Analizando podemos deducir que se realiza con pleno conocimiento, voluntad y conciencia el hecho delictivo, en la mala práctica de la medicina la persona que la realiza deberá tener la conciencia de lo que está realizando y que a pesar de tener conocimiento de lo que hace lo realiza una y otra vez con la finalidad e intención de causar daño ya sea por venganza o fines de lucro.

4.1.4 RESPONSABILIDAD.-

Debemos tener claro que el sentido de responsabilidad se nos inculca desde nuestra casa, mediante los valores morales que nuestros padres nos enseñan desde tiernas edades, es así que podemos deducir que el sentido de la responsabilidad se configura por las consecuencias jurídicas que una determinada conducta que acarrea para su actor.

⁴ Espat Godoy. **Ob. Cit**; Pág. 18

“El término jurídico “responsabilidad” proviene del vocablo latino “responderé” que se traduce en la obligación de responder de alguna cosa o por alguna persona”⁵

Debemos entender que responsabilidad es la obligación que tiene toda persona de responder por los hechos o actos en que participe, cuando los mismos han sido origen de un daño en las personas o cosas, en derecho. “significa, de igual forma, reparar, satisfacer y compensar aquel evento negativo en el curso del quehacer diario con motivo de actos, omisiones y errores, ya sean voluntarios o involuntarios.”⁶.

“Es la calidad o condición de responsable y la obligación de reparar y satisfacer por sí mismo o por otro, toda pérdida, daño o perjuicio que se hubiera ocasionado; ello implica aceptar las consecuencias de un acto realizado con capacidad (discernimiento), voluntad (intención) y dentro de un marco de libertad”⁷

De esta manera la responsabilidad, no es otra cosa más que evitar las consecuencias que generarían daños sobre las personas y terceros al producirse un evento dañino que en el ámbito civil, se traduce básicamente en la obligación de indemnizar al perjudicado, basándose en la estimación

⁵ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, XXI edición, tomo II, pág. 1784.

⁶ Barba Orozco, Salvador, Responsabilidad Profesional Médica, Revista Jurídica Ratio Juris, Épocal, ejemplar 4. Agosto/Septiembre de 2000.

⁷ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, XXI edición, tomo II, pág. 1784.

económica del perjuicio ocasionado. Sin embargo en el ámbito penal se exige aplicación de la sanción correspondiente.

4.1.5 RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.-

Si hablamos de responsabilidad profesional estamos tomando en cuenta la capacidad con la que la persona realiza su vocación en el arte de actuar dentro de un trabajo elegido y que tiene un reconocimiento oficial por parte del Estado, como mencionamos al principio no queremos que sean perfectos los profesionales de la salud, ya que son personas como todos nosotros, lo que solicitamos es que sean muy responsables y que respeten su profesión de igual manera que sean capaces de asumir su responsabilidad con las personas cuando les atiendan o receten medicamentos bajo su prescripción.

“El concepto de responsabilidad profesional se refiere a la obligación que tienen de responder por sus actos aquellos que ejercen una profesión determinada, entendiéndose por ésta la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión”⁸

En este contexto, podemos afirmar que la responsabilidad profesional médica es “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las

⁸ Barba Orozco, Salvador, Responsabilidad Profesional Médica, Revista Jurídica Ratio Juris, Épocal, ejemplar 4. Agosto/Septiembre de 2000.

consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión”.⁹

Cuando el profesional de la salud por dolo, imprudencia, negligencia, etc. Ocasiona daños en las personas que han requerido sus servicios profesionales es él; el único responsable de las consecuencias que sufran las personas bajo su cuidado y tutela.

4.1.5 RESPONSABILIDAD MÉDICA.-

Podemos manifestar que la responsabilidad médica abarca en su total mayoría, la forma de comportarse con el paciente, debiendo a él los actos que realice, respetar los derechos del paciente o cumplir con todos sus deberes, lo cual resulta muchas veces difícil dada la realidad asistencial, pues muchas veces debido a la falta de recursos económicos que aqueja a la población las personas se ven obligadas a solicitar los servicios médicos en hospitales públicos, seguro social o jornadas médicas, lugares en donde las consultas no duran más de quince minutos, los cuales no son suficientes para que el médico pueda establecer una buena relación con su paciente y viceversa.

Definición: “Es la obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y

⁹ Gisbert Calabuig, Juan Antonio. Medicina Legal y Toxicología, citado en Carrillo Fabela, Luz María. Op cit. pág. 5.

resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica”¹⁰

La Responsabilidad del Médico se inicia dentro de su inicio profesional, con el Juramento de la Declaración de Ginebra, 1948, de un buen desempeño de la y desde la inscripción en el Colegio Profesional (C.M.P.) y en relación con el paciente que es de naturaleza contractual; existiendo deberes comunes para la mayoría de profesiones, como son: Deber de Lealtad, Secreto Profesional e Indemnización del daño que hubiera ocasionado.

4.1.7 LA CULPA EN LA MALA PRACTICA MÉDICA.-

Comenzaremos diciendo que la culpa hace referencia a la omisión de la diligencia exigible a un sujeto, si nos referimos a los profesionales de la salud el Código de Ética Médica preceptúa que el incumplimiento de la obligación de asistencia médica es decir, que actuar en circunstancias difíciles no le absuelve de la obligación de cuidado, porque se trata de la vida de un ser humano y así lo deben entender los profesionales médicos, por su juramento hipocrático, para ello no deben hacer una intervención quirúrgica sin la autorización del enfermo, por eso si realiza algún acto imprudente, inexperto o negligente y produce por ello un daño al paciente, debe hacerse responsable e indemnizar a su paciente.

¹⁰ Yzquierdo Tolsada, Mariano, La responsabilidad civil del profesional liberal, Ed. Reus, Madrid, 1986.

Definición.- “Es una infracción a una obligación preexistente fijada por Ley o por el contrato” ¹¹

La culpa médica es una falta de diligencia y previsión, la culpa es considerada como variación de la antijuridicidad, este tipo de obligaciones indemnizatorias tienen su causa y fuente en los delitos y cuasidelitos, y es natural entonces que se considere que la culpabilidad (ya sea por dolo o la culpa) debe existir para el nacimiento del resarcimiento del perjuicio.

4.1.8 RESPONSABILIDAD CIVIL.-

Como mencionamos al principio la responsabilidad no es solamente valor presente sino que tiene la virtud no sólo de tomar una serie de decisiones de manera consciente, sino también de asumir las consecuencias que tengan las citadas decisiones, dentro de la responsabilidad civil nace de la vulneración de las normas que regula las relaciones de las personas con los demás, en el caso de los profesionales de la salud, y de estos con sus pacientes, esto implica la obligación que tiene el médico de reparar el daño o perjuicio causado en su ejercicio profesional, derivado de actos y omisiones en los que ha habido culpa o negligencia.

“La obligación consiste en reparar el daño e indemnizar por los perjuicios causados en el acto médico cuando se demuestra una vinculación causal del daño con la conducta culposa del profesional”.¹²

¹¹ Vázquez Ferreira, Roberto, Prueba de la culpa médica, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

Enmarcando lo que deriva dentro de la responsabilidad civil encontramos la responsabilidad contractual, que implica el acuerdo de las partes involucradas por el que se crea la relación jurídico-patrimonial.

Y así como también debemos tener en cuenta la responsabilidad extracontractual, podemos decir que es aquella que se genera en la realidad y no nace de un contrato, esta puede darse cuando el paciente ingresa por emergencia a un centro de atención médica.

Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales, el prestador de servicios sólo responderá por los daños y perjuicios causados en caso de dolo o culpa inexcusable. Se actúa con dolo cuando en forma deliberada no se ejecuta una obligación, mientras que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta una obligación. Se trata de una negligencia que linda con el dolo, siendo la frontera entre ambos muy tenue.

4.1.9 DAÑO.-

Como podemos darnos cuenta el daño se refiere al perjuicio que sufre una persona, en este caso debemos mencionar que el daño puede ser consecuencia de una acción negligente, a su integridad física o psicológica sobreviene en el curso de un acto médico, el paciente escoge su médico en

¹² GARAY, Oscar Nestor: La Responsabilidad Civil de lo Médicos 2003

razón de la confianza que este último le inspira, el médico se compromete, es obvio, a brindar sus cuidados al paciente, este concepto de relación es lo que se unen al principio con el fin de garantizar que todo salga bien pero a veces, por el efecto de una falta de imprudencia el médico involuntariamente infrinja un atentado a la integridad corporal de aquel que se ha confiado a él.

“Se refiere a todo tipo de perjuicio o lesión que se causa a otro, en su persona o bienes. Puede ser originado por una acción u omisión dolosa (maliciosa), culposa (negligente), o por una causa fortuita”¹³

4.1.10.-REPARACION DEL DAÑO.-

La reparación no borra el daño del mundo de los hechos, pero tiene un carácter compensatorio o satisfactorio, según los casos, que más allá de sus posibles imperfecciones, constituye una de las reacciones más significativas del ordenamiento jurídico frente a la comisión de un daño, constituyendo en el restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el hecho dañoso, enmendando el error que cometió, pero como podemos decir nada repara una pérdida de un ser querido.

Como concepto tenemos que “consiste en el cumplimiento de una obligación a cargo del responsable y a favor del damnificado, que tiene por objeto resarcir el daño injustamente causado al acreedor”¹⁴

¹³ Concepto de Daño » Sobre Conceptos <http://sobreconceptos.com/dano#ixzz3ftyXMdYf>

¹⁴ Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico

Para Pizarro dentro de la perspectiva resarcitoria dice que “a la vida humana no se puede atribuirle un valor económico o espiritual, con independencia de la consideración del damnificado por su pérdida, aclarando que damnificado no es la víctima en el caso del homicidio, puesto que ya no es sujeto de derecho y no puede sufrir un pérdida patrimonial o espiritual a raíz de su propia muerte, en este caso los perjudicados pueden ser las personas que le sobreviven y quedan privadas del valor económico y espiritual que para ellas significaba la vida de la víctima llamados también damnificados indirectos”¹⁵

4.1.11.- LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA SALUD EN EL CAMPO PENAL

La responsabilidad penal surge cuando una acción o una omisión en la práctica del profesional han causado perjuicios, lesiones o la muerte de un paciente por dolo o imprudencia.

La responsabilidad penal también es definida, como: “El deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas.”¹⁶

El problema se plantea, cuando alguien del equipo ejerce una actividad para la cual no estaba preparado, en esta eventualidad, podemos encontrarnos, o bien con una responsabilidad del jefe o responsable, en lo que podemos

¹⁵ Ramón Daniel Pizarro, la Reparación del daño patrimonial derivado de conductas Antijurídicas Lucrativas.

¹⁶ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general.** Pág. 359

decir trabajo en equipo o bien del que interviene directamente (profesional no cualificado o inexperto), o de ambos, sin embargo por el principio de confianza, si un profesional del equipo no observa sus deberes objetivos de cuidado, responderá él exclusivamente.

Vemos, por lo consiguiente, que la situación del médico sería pues el riesgo de una responsabilidad penal muy grande, ya que en caso de un proceso, aunque solo se le acuse de negligencia se le podrá fijar una condena privativa de libertad al pago de daños y perjuicios, y habilitación para el ejercicio profesional, y además podrán aplicarse sanciones administrativas y disciplinarias por un tribunal de ética.

Los profesionales de la medicina saben que toda actuación médica que no sea de carácter eminentemente urgente, el paciente debe ser informado previamente por el médico de los riesgos del tratamiento y de otras alternativas de los tratamientos existentes solo entonces debe firmar el documento de consentimiento autorizando el tratamiento, lo que desde ningún punto de vista deja libre la responsabilidad al médico, quien siempre debe actuar con diligencia, prudencia, pericia y sobre todo debe utilizar o poner a disposición del paciente, todos los medios de diagnóstico y tratamiento que existe, en los últimos adelantos científicos y tecnológicos se lo permita.

4.1.12.- RESPONSABILIDAD DOLOSA.-

Como mencionamos al principio dolo podemos decir que actúa con el mero hecho de causar daño o la doctrina penal define al dolo como “la intención, más o menos perfecta, de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley”.¹⁷

La responsabilidad penal, en general, puede ser dolosa o culposa, una y otra tienen por fundamento la voluntad del agente.

El dolo, exige conciencia, conocimiento y voluntad de obtener un resultado, se entiende que se actúa dolosamente cuando se realiza una conducta ilícita con conocimiento y voluntad, es decir, sabiendo que es contraria a derecho.

En general es excepcional en el médico, cuyo principal objetivo es curar o aliviar a sus enfermos. En cambio, hablamos de que una persona actúa de forma imprudente cuando infringe un deber de cuidado que personalmente le era exigible y que como consecuencia ocasiona un resultado lesivo que debió haber previsto, y que pudo o debió evitar.

4.1.13.- RESPONSABILIDAD CULPOSA.-

La responsabilidad penal de médico es siempre personal, y cada uno responde de sus acciones u omisiones, en el ámbito de sus competencias.

¹⁷ Cuello, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1974, p. 420

Sin embargo en el ámbito médico, esta responsabilidad se refiere a “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones o errores voluntarios e involuntarios incluso, cometidos en el ejercicio de su profesión”.¹⁸

El fin de la actividad médica, que no es otro que el buscar el beneficio del paciente, cuando nos referimos a delitos culposos, la culpa se deriva de una actividad jurídica reprochable, en la que no se ve presente la intención directa de causar daño. Podemos decir en este caso que el actor incumple con el deber de actuar con el necesario cuidado o con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad.

Adicionalmente, es necesario aclarar que la profesión médica tiene una obligación de medios o de actividad, la misma que es aceptada para todo tipo de tratamientos o procedimientos médicos, hospitalarios y quirúrgicos. De acuerdo a la jurisprudencia argentina especializada: “[...] la obligación de medios que tiene todo médico se cumple poniendo toda la ciencia, diligencia y prudencia en la atención del enfermo”¹⁹

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal, para poder atribuir carácter culposo a determinada conducta debe comprobarse si el imputado

¹⁸ Sánchez, Olga María. “La Responsabilidad profesional de los prestadores de servicio médico. Marco jurídico para la solución de controversias en la legislación mexicana”. *Medicina Universitaria*. Órgano Oficial de la Facultad de Medicina de la UANL. Vol. 3, número 11. Abril junio, 2001.

¹⁹ (Argentina) Corte de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Santiago del Estero. 04. V. Moreno c/ Lacherre A.J. s/Homicidio culposo. 5/03/2001, citado en Montanelli, Norverto. *Responsabilidad Criminal médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005, p. 127.

violó su deber objetivo de cuidado, por lo que debe mirarse la adecuación de su conducta a las exigencias particulares y los deberes a cargo de los profesionales de la salud.

Por lo tanto, habrá incumplimiento de la obligación de medios, cuando el profesional haya actuado sin diligencia: "La falta de diligencia es una violación al deber de cuidado, el mismo que consiste en preservar y cuidar a las personas sometidas a sus cuidados médicos, evitando todo riesgo en su salud".²⁰

4.1.13.- TEORIA DEL DELITO.-

En la mala praxis médica, la Teoría del Delito, juega un papel fundamental, para la determinación de qué clase de delitos se enmarcan y son sancionables, estableciéndose a aquellas que se presenten en virtud del ejercicio concreto de la medicina.

"La Teoría Del Delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito."²¹

²⁰ (Argentina) Corte Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sala VI- Pantoni, P.R. s/ procesamiento. 23/12/2003, citado en Montanelli, Norverto. *Responsabilidad Criminal médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005, p. 127

²¹ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/teoria-del-delito.html#sthash.8p0dMcRq.dpuf>

El delito tiene una existencia compleja, intelectualmente puede distinguirse en él diversos elementos, y el estudio de cada uno de ellos, sin perder de vista su carácter indisoluble, permite evitar el confucionismo y comprender mejor su estructura.

4.1.14.- DELITO.-

Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres etimológicamente “delito proviene del latín delictum, expresión de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa”²²

Eugenio Cuello Calón, manifiesta que el delito es “la acción prohibida por la ley bajo amenaza de una pena”²³

La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal o, para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley, en consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

²² CABANELLAS DE LA TORRE , Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental”

²³ CUELLO COLON, Eugenio Modulo VII Universidad Nacional de Loja. Tema 2, El Delito Penal, Compilación de la Dra. Leticia Carrión Vega (2006: 182)

En conclusión, el delito será la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal. Desde luego, esa acción se traduce en un hacer (acción propiamente dicha) o en un no hacer (omisión), que produzca un resultado en el mundo físico, es decir, consista en una acción u omisión previstas en la ley penal.

Sin perjuicio de asignar a las definiciones anteriores un importante valor debo tratar de determinar un concepto jurídico a la luz de los hechos que son sancionados por la ley.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 MALA PRACTICA MÉDICA COMO DELITO

La práctica médica ha sufrido muchos cambios, hoy en día, ha pasado a ser parte del consumismo como también:

“...[E]ncierra una actividad lucrativa de significativa importancia económica y tal actividad encuentra a través de la figura de la empresa a un verdadero factor de producción de bienes y servicios vinculados al área de la salud pública”²⁴

La salud es de tal importancia, que muchas personas lo han visto como una manera de lucrar, creando grandes hospitales, o poniéndose un consultorio médico con precios sobre lo normal. Lastimosamente, en muchas ocasiones, las máquinas necesarias para poder determinar qué enfermedad tiene el paciente, son caras, y a pesar de que el Estado garantiza la vida, es el paciente que debe pagar estas sumas de dinero.

La mala praxis se da cuando, el accionar de un profesional con imprudencia o negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, provoque un daño en el cuerpo o en la salud de su paciente, sea este daño parcial o total.

²⁴ 8 M. RODRÍGUEZ JORDÁN, Mala Praxis Médica: Responsabilidad penal, civil y administrativa, Ediciones de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Buenos Aires, 1999, p.61

SALTOS da una definición de que es la mala práctica médica, resaltando que:

“[L]a figura de la mala práctica médica se ha definido como aquel tratamiento erróneo o negligente aplicado por el médico que resulta en un daño, sufrimiento innecesario o muerte del paciente, debido a ignorancia, negligencia, impericia o falta de observancia de las reglas determinadas”.²⁵

Como estructura del delito tenemos a la acción típica, antijurídica y culpable. La acción es la conducta humana dominada por la voluntad que produce en el mundo exterior un cambio determinado. “Para la concepción finalista, la acción es la conducta humana dirigida por la voluntad hacia un determinado resultado. Mientras que para la concepción social la acción es la realización voluntaria de consecuencias relevantes para el mundo social y voluntariamente realizadas por un ser humano”.²⁶

Como hemos visto la mala práctica médica no es un delito por la falta de tipificación, sin embargo reúne la antijuridicidad, ya que el médico que obra con mala práctica médica, se va en contra de los bienes jurídicos que consagra la Constitución, además reúne los elementos necesarios de la culpabilidad.

Es frecuente escuchar a la clase médica ecuatoriana referirse a que en

²⁵ P. SALTOS. *Mala práctica médica*. Revista Novedades Jurídica N.1. Ediciones Legales. Ecuador. 2004. p. 36.

²⁶ J. SAINZ CANTERO. *Lecciones de derecho penal, parte general*, Bosch, Barcelona, 1990, pp.489-493.

nuestro país no existe mala práctica médica, porque ninguna ley lo menciona, lo cual es verdad a medias, ninguna ley lo menciona como tal, pero eso no quiere decir que no existan leyes que traten y penalicen este tema, por eso surge la necesidad de dar respuesta jurídica a esta nueva realidad, buscando la mejor manera de equilibrar los intereses de protección al paciente afectado por una mala atención médica.

En el área de la salud, existe mala praxis cuando a través de una acción profesional se provoca un daño parcial o total, temporal o permanente en la salud de una persona. Las causas de este mal accionar pueden ser imprudencia, negligencia, impericia en la profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, apartándose de la normativa vigente aplicable.

Para ser considerado mala praxis, debe haber un daño constatable en la salud del paciente, lo que comprende tanto lo físico como lo mental. Se tienen en cuenta trastornos y daños que pueden proyectarse sobre la totalidad de la vida del individuo: trabajo, relaciones sociales, etc.

Implica, por lo tanto, no sólo la imputabilidad de un acto a su autor, sino también la relación de este último con alguien superior, ante quien debe responder. Hay tres especies de responsabilidad en la mala praxis: La moral, la jurídica y la social.

La responsabilidad moral es “la obligación de responder de los propios actos ante Dios, fin último y legislador supremo de la ley moral, en el fuero de la conciencia” ²⁷Supone la existencia y el conocimiento de una ley moral así como la advertencia del valor moral del acto concreto que se ejecuta. Implica, en segundo término, la intención de ejecutar un acto moralmente bueno o malo.

Y, por último, se apoya en la libertad por la que un hombre es dueño de su acto interno y a veces del externo; ya hemos señalado que la libertad interna puede ser disminuida por la concupiscencia o por el miedo, mientras que la externa puede ser coaccionada por la violencia.

La responsabilidad jurídica “es la obligación de responder de los propios actos externos ante un juez humano”. ²⁸Afecta sólo a los actos externos (no a los internos, ni a las intenciones) que sean contrarios a una ley positiva humana y hayan sido realizados sin coacción externa.

Por último, la responsabilidad social “es la que contraemos respecto a los grupos sociales de que formamos parte”, ²⁹y que se expresa actualmente con la palabra solidaridad; en realidad es un aspecto moral, ya que la ley moral natural obliga al hombre, ser social, a cooperar al bien común de la colectividad.

²⁷ GARAY, Oscar Nestor: La Responsabilidad Civil de lo Médicos 2003

²⁸ GARAY, Oscar Nestor: La Responsabilidad Civil de lo Médicos 2003

²⁹ GARAY, Oscar Nestor: La Responsabilidad Civil de lo Médicos 2003

Todos los profesionales de la salud lo cual incluye instituciones, médicos, enfermeras y auxiliares que hayan participado en la atención del paciente dañado, son considerados agentes de mala praxis. Según el grado de participación de cada uno, se determina la gravedad de su accionar y la pena o sanción económica que corresponde.

Alguien dijo que en: "la medicina convergen lo ético con lo jurídico, mucho más que en cualquier otro modo de convivencia social entre los hombres, donde los dictados de la conciencia pueden tener un alcance mayor que los del derecho".³⁰

En los códigos y leyes, podemos encontrar los reglamentos que los jueces hacen cumplir, pero en su propia conciencia está el profundo sentido de la justicia verdadera. Las reglas morales o éticas carecen de fuerza impositiva, porque no existe ninguna sanción y sus efectos son solo una reprobación que debe recibir el infractor.

Si el Estado exigiese las reglas éticas existiría una sanción para los infractores y si la disciplina del comportamiento humano asumiese el carácter jurídico, entonces ya corresponderían los obrados a las leyes.

Un aspecto de mucho interés es la "prueba en la responsabilidad médica".³¹

En este sentido, se viene sosteniendo que el contrato médico se encuadra

³⁰ LABARUT G. Gustavo. op. cit.,

³¹ GARCÍA FALCONÍ: José: La responsabilidad médica en materia civil, administrativa y penal y el derecho constitucional a la salud, Primera Edición, Quito – Ecuador, 2011

dentro de las obligaciones de medios, ya que el médico tiene el deber de poner todos sus conocimientos y acciones destinados a buscar que el enfermo se sane.

Para determinar la responsabilidad del médico en la muerte de un paciente es complicado, por lo que será indispensable contar con peritos, que actualmente no existen en el país.

“La Salud es un bien jurídico protegido por el Estado:

a.- Como un bien jurídicamente tutelado: En el sentido de que todo daño que se produzca en la salud del individuo será sancionado desde el campo del Derecho Penal y reparado o indemnizado en el plano Civil.

b.- Como valor; frente al cual el Estado debe organizar y/o fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y rehabilitación, en los supuestos que la salud se altere por factores personales, socios ambientales, laborales, etcétera”.³²

Cuando se violan las normas del adecuado ejercicio profesional; el médico deja de cumplir con su deber, causando un perjuicio definido al paciente.

Por tanto, el no ceñirse a las normas establecidas originando un perjuicio hace al médico responsable de su conducta y de los daños que ocasiona.

³² Ibis

Nuestra constitución reconoce y tutela varios derechos que se encuentran íntimamente con la praxis médica, a saber: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral y derecho a la calidad de vida.

Así, todos estos servicios deben estar proveídos por profesionales y técnicos con los conocimientos suficientes, experiencia necesaria, a fin de garantizar la calidad del servicio, lo que doctrinariamente se conoce como la Lex Artis o Ley del Arte.

Como podemos ver la y conocer un poco la Lex Artis, ha sido empleada para referirse a la evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento, que juzga el tipo de actuación y resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

Sobre la base de la diligencia empleada, uno de los presupuestos para que el proceder médico se adecue es el consentimiento. Éste está concebido como un derecho personalísimo del paciente, que debe ser prestado antes del acto médico y que puede ser revocado sin expresión de causa. De esa decisión parten dos obligaciones del médico: por un lado la negativa obligación de abstención y del otro lado la positiva llevar a cabo la prestación médica.

La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial compromete al médico con las palabras "La salud de mi paciente será mi primera consideración"³³, y el Código Internacional de Ética Médica declara que "Un médico debe actuar sólo en el interés del paciente al proporcionar atención profesional que pudiese tener el efecto de debilitar el estado físico y mental del paciente".³⁴

Pero, además, contiene un triple mensaje correspondiente a sus tres partes constitutivas, es decir, la invocación y demanda en tanto carácter formal de juramento, el llamado pacto o alianza, y el código o deontología profesional.

Lorenzetti dice "el galeno asume una "deuda de atención" hacia el paciente debiendo poner a disposición de éste todo su cuidado, sapiencia y conocimientos para el logro de la curación esperada".³⁵

Todo médico al inicio de su profesión se obliga a realizar el juramento hipocrático a través del cual sus deberes como profesional quedan prácticamente determinados, por lo que en adelante este asume uno de los roles más importantes como lo es llevar a cabo de forma limpia, recta y cabal una de las profesiones, yo diría que, más difíciles y que demanda un grado de responsabilidad casi indescriptible por tratarse de vidas humanas, entonces el médico debe asumir este papel con un altísimo grado de

³³ Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial

³⁴ Código Internacional de Ética Médica

³⁵ LORENZETTI, RICARDO LUIS; *Responsabilidad Civil de los Médicos*, (Tomo I y II) Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997

conciencia y compromiso y entregar en el su conocimiento, su inteligencia, destreza y sobre todo responsabilidad para llegar al total cumplimiento de los objetivos que se ha planteado respecto de su paciente, cumpliendo tanto con su labor como con las necesidades del usuario.

Para Tolsada, “por su parte encuadra el contrato de prestaciones médicas dentro del contrato de locación de servicios por lo que para él, el objeto de la obligación consiste en la actividad diligente del profesional”³⁶

4.2.2 ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL DELITO.-

En concordancia con la definición jurídica del delito los elementos que conforman el mismo son: la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

a.- La Acción.-

Se define a la acción como la “manifestación de la voluntad (conducta), es el conjunto de actos, que da como resultado, el nexo causal entre el momento de la acción y el resultado que se produce o se deriva de ella”.³⁷

Las prohibiciones y mandatos del Derecho solo no pueden dirigir a acciones capaces de perseguir un fin. En consecuencia, la ley no puede pretender sancionar procesos causales en que no ha intervenido la voluntad humana.

³⁶ Yzquierdo Tolsada, Mariano, La responsabilidad civil del profesional liberal, Ed. Reus, Madrid, 1986.

³⁷ www.derechoecuador.com

b.- La Tipicidad.-

Conjunto descriptivo de la acción con elementos de diversa naturaleza, cada delito tiene una acción típica determinada en el Código Penal. El tipo, dice Cury “es aquel conjunto de características objetivas y subjetivas (externas e internas o psíquicas) que constituyen la materia de prohibición para cada delito específico”³⁸

La tipicidad se refiere al encuadramiento de la conducta humana al tipo penal, es decir, la existencia del tipo dentro de la norma penal, en el caso de la mala práctica médica, no es vista como un delito, ya que carece de la tipicidad, por tal razón creo que es muy importante la realización de la tipificación de la mala práctica médica para que cumpla con los requisitos necesarios que nos da la teoría del delito.

La acción típica requiere una valoración objetiva para que se compruebe su conformidad con las normas del ordenamiento jurídico.

c.-La Antijuricidad.-

La antijuricidad es el “acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses

³⁸ CURY, Enrique Modulo VII Universidad Nacional de Loja. Tema 2, El Delito Penal, Compilación de la Dra. Leticia Carrión Vega (2006:187)

tutelados por el Derecho.”³⁹

Es la contradicción de aquella conducta humana con el reordenamiento jurídico, es el conflicto que se da entre el actuar y la ley, es la violación a la ley. Lo que liga la tipicidad con la antijuricidad, es que constatada la tipicidad necesariamente se da la antijuricidad, es un concepto procedente de la teoría general del hecho ilícito, toda acción antijurídica tiene que ser típica.

Este juicio es la antijuricidad. El concepto del delito lleva inherente la idea de contrariedad al Derecho. Francesco Carrara, definiendo el delito en el siglo pasado, dice que es “la infracción de la ley del Estado”.⁴⁰ Karl Binding (1841-1920) demostró, sin embargo, que “el delincuente no infringe la ley, sino algo que está más allá ella y que es la norma”⁴¹. En efecto, la persona que da muerte a otro se ajusta a la hipótesis legal que establece que «el que mate a otro será castigado con igual pena». Por consiguiente, el sujeto activo viola la norma prohibitiva e imperativa.

d.- La Culpabilidad.-

Principio con relación a la psicología entre el autor y el hecho, manifestada en formas de dolo y de culpa esto permite completar el cuadro. “La

³⁹ J. SAINZ CANTERO. *Lecciones de derecho penal, parte general*, Bosch, Barcelona, 1990, pp.489-493.

⁴⁰ Francesco Carrara

⁴¹ Karl Binding (1841-1920)

culpabilidad es el delito cometido por persona capaz con voluntad y conciencia”⁴²

Finalmente, la culpabilidad tiene que ver con la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta.

El pensamiento moderno abandona el castigo por el resultado objetivo, y exige una atribución subjetiva de la acción a una persona. La culpabilidad es el reproche individualizador que se hace al autor de una acción típica y antijurídica por no haberla omitido, en circunstancias que habrán podido motivarse obedeciendo a la norma jurídica.

Por otro lado, la culpa puede ser inconsciente o consiente. La culpa inconsciente se verifica cuando existe imprevisión del resultado que obligadamente pudo y debió haberse previsto por parte del profesional de la salud. La falta de representación del resultado final que puede tener una acción u omisión médica en la que no se ha guardado la debida diligencia y lesiona algún bien jurídico protegido, configura un delito. En este tipo de

⁴² www.derechoecuador.com

culpa, la falta de diligencia juega un rol fundamental en la no previsión del resultado.

La culpabilidad inconsciente dentro de la práctica médica radica en no prestar el mínimo de atención que el ordenamiento jurídico debe exigir objetivamente para evitar pérdidas y daños en valores y bienes de la comunidad.

Sin embargo, la culpa consiente o “culpa con representación” se da cuando existe un exceso de confianza del sujeto en evitar un resultado típico antijurídico que cree podía evitar de alguna forma. Por ende el profesional de la salud estaría consiente del resultado dañoso que podría producir su accionar, pero sin embargo lo realiza, con la expectativa y confianza de evitarlo o no producirlo de algún modo, debe en consecuencia estar de por medio el no cumplimiento de una norma cuando el agente podía y le era exigible hacerlo.

Si hablamos de delitos culposos puede provenir de distintos modos de obrar, que generalmente son considerados tipos de culpa. Se trata de ciertas conductas por parte de los profesionales de la salud, para que se les pueda atribuir responsabilidad penal por haber lesionado un bien jurídico protegido, así, el resultado dañoso debe producirse a consecuencia de imprudencia, impericia o negligencia por parte de los profesionales de la salud.

a) Negligencia:

Surgirá cuando la omisión sea grave, como cuando se haya dejado de lado aquello que resulta evidente o elemental para cualquier profesional mínimamente preparado. “Consiste en no hacer lo que se debe, equivale a una despreocupación, falta de cuidado, omisión de la atención debida o falta de precaución”.⁴³

La negligencia surge entonces tanto de la omisión como de la acción que estas se deban a la desatención, descuido, es decir a una actitud en que está ausente la diligencia que le era exigible.

El profesional de la salud puede ser negligente cuando comete un error grosero, estos ejemplos no son invenciones, son realidades que muchas veces trasciende hasta llegar a los medios de comunicación.

- Cuando el médico, en complicidad con los actos errados del resto del equipo médico olvida algún instrumento y/o material quirúrgico dentro de una de las cavidades del enfermo operado.
- Descuida las condiciones de la debida asepsia en las operaciones quirúrgicas o incurre en olvidos al practicarlas;
- Nunca efectúa el diagnóstico o emite un diagnóstico tardío, y consiguiente intervención quirúrgica.

⁴³ A. ARAYA. La responsabilidad médica en la legislación costarricense, sus implicaciones en el ámbito civil y penal. San José, Costa Rica, pp. 213-214.

b) Imprudencia:

Se trata de casos de manifiesta temeridad en los que la acción del profesional demuestra un descuido claro de la vida y la salud del paciente, al margen de las reglas del arte y de los procedimientos aconsejados. “Es un vicio en el que incurre aquel que realiza una acción de la cual debió abstenerse por ser en sí misma peligrosa y capaz de ocasionar daños”.⁴⁴

Estamos ante una acción imprudente cuando se afronta un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, sin detenerse a pensar en los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. La imprudencia, es la modalidad contraria a la negligencia, pues supone un actuar excesivo, que sobrepasa el límite de riesgo permitido. Normalmente, procede en las acciones y, excepcionalmente, en las omisiones. Ejemplo de actos médicos imprudentes:

- Cuando el médico, a sabiendas, sin necesidad, somete al enfermo a tratamientos innecesariamente riesgosos y evitables o actúa en condiciones que aumentan los riesgos;
- El exceso de confianza en la capacidad profesional que hizo que no creyera estar frente a un cuadro que se agrava rápidamente y que llevo a un grave peligro la vida del paciente.

⁴⁴ P. JACOVELLA, Buena/Mala praxis médica en... op. cit., pp.54-55.

- La omisión de realizar pruebas de sensibilidad cuando se utilizan drogas de gran capacidad alérgica.

c) Impericia:

El profesional de la salud actúa con impericia cuando se ha comportado con grosera torpeza o con claro desconocimiento de las alternativas adecuadas para el caso que asistía. “Se refiere a la falta de conocimientos técnicos básicos e indispensables que se debe tener obligatoriamente en determinada arte o profesión”.⁴⁵

Ha de advertirse también que los elementos de juicio que se utiliza para calificar la impericia varían con el transcurso del tiempo, por la obvia razón de que estando ligado ese fenómeno a la ciencia y a la técnica y siendo ostensible el avance de una y otra y la consiguiente transformación de sistemas y métodos, lo que ayer era modelo de pericia hoy puede ser un error médico en vista de los avances y sus resultados.

Ejemplo de actos médicos que importan impericia:

-Falta de preparación profesional; un cirujano general, que realiza una intervención quirúrgica de unas venas varicosas, dejando de referir a la paciente a un cirujano vascular.

⁴⁵ P. JACOVELLA, Buena/Mala praxis médica en... op. cit., pp.54-55

-Error terapéutico grave por falta de capacitación; una lesión causada a una paciente en la rama del nervio facial derecho, en el transcurso de una cirugía estética, que le trajo como consecuencia la parálisis de los músculos frontal y superciliar.

Para atribuirle una sanción penal al profesional de la salud es necesario probar que por su parte haya mediado una notoria negligencia, imprudencia grave o un descuido de los más elementales deberes profesionales, susceptibles de comportar un ilícito de Derecho Penal. Sin embargo, es necesario considerar que si el resultado dañoso resulta del fortuito accionar del profesional, o ya de situaciones imprevisibles, no pueden ser sancionadas.

c) Inobservancia de la Ley:

Esta forma de acción culposa se configura cuando, existiendo una exigencia u orden (verbal o escrita) dispuesta con fines e prevención de un daño por un superior responsable, el subalterno no da cumplimiento, generando un resultado indeseable. "Coincide a menudo con imprudencia si la conducta es activa o con negligencia si hay omisión".⁴⁶

Aún un diagnóstico erróneo no puede, por sí mismo, responsabilizar al profesional médico puesto que no todo error es producto de una impericia,

⁴⁶ Alejandro A Basile. Fundamentos de Medicina Legal. Pág. 31

imprudencia o negligencia. Existe una zona donde cubierta una cierta diligencia en función de medios disponibles, el error es una posibilidad incluso para quien dispone de los conocimientos de la *lex artis* de su profesión. Conforme lo establece el profesor Eugenio Zaffaroni:

“Las reglas del arte médico se traducen en el adecuado e indicado procedimiento diagnóstico y en la aplicación de los procedimientos técnicos ordinarios con los cuidados que sean del caso. La aplicación de procedimientos no suficientemente probados sin tomar las precauciones necesarias constituye una violación a esas reglas. La finalidad perseguida por el médico, ante cada caso concreto, resulta relevante para conocer si ha obrado conforme a las reglas del arte para el restablecimiento de la salud de su paciente, para su conversión, el alivio de las consecuencias del estado en que se encuentra, su neutralización o postergación de males mayores, siempre que esto fuese lo que era dable de esperar de las posibilidades brindadas por el conocimiento científico y los medios disponibles en la emergencia” (...) ⁴⁷

Cuando hablamos de normas o mandatos legales estamos tomando el concepto de ley en sentido sustancial, por consiguiente son leyes para estos efectos no solo los que emanan del congreso nacional, sino también los decretos del ejecutivo, este generador de culpa se presenta siempre que el hecho antijurídico no querido por el agente haya sido el resultado de la

⁴⁷ Eugenio Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 541.

violación de un mandato legal creado precisamente para prevenir tales acaecimientos.

Tal inobservancia genera culpa en la medida en que tenga por causa una conducta voluntaria del autor, ya sea que haya querido conscientemente trasgredir el mandato o que simplemente lo haya ignorado.

-Un ejemplo de inobservancia que se repite mucho es, cuando el profesional no sigue el protocolo médico del servicio en que trabaja, sea porque no quiere o porque lo desconoce, lo cual conlleva a la producción de un daño al paciente.

4.2.3 NEXO DE CAUSALIDAD DE LA MALA PRACTICA MEDICA

Cuando se ha causado un daño este debe ser reparado, cuando el hecho que lo generó sea derivación lógica de una acción u omisión imputable al agente, en virtud a un factor de responsabilidad. La inclusión del hecho generador en el desarrollo natural de los acontecimientos, deberá ser el factor desencadenante del perjuicio.

Podemos ver que dentro del campo de la práctica médica, hay ciertos eventos que hacen especialmente dificultosa la tarea de establecer la causa que produjo el mal, es decir el nexo causal entre la actividad facultativa y el daño.

El presente nexo es de vital importancia porque nadie debe responder de ningún daño si no fue consecuencia de su acción u omisión, debe darse necesariamente, existe cierta relación entre el daño causado y la conducta del que está llamado a responder por el mismo, es decir el daño en la salud del paciente debe ser consecuencia de la conducta indebida del facultativo, para que pueda predicarse responsabilidad en el profesional de la medicina.

Podemos decir que uno de los aspectos que merece especial atención es la relación de causalidad que puede presentarse entre la falta de atención médica y la muerte de la persona, según las normas vigentes, el médico en los casos urgentes tiene que asistir a los enfermos, y por ello se encuentra presente su negativa a prestar su asistencia profesional dará lugar a responsabilidad si las circunstancias demuestran que el paciente sufrió un daño (ya sea su agravación o su muerte), por la falta de atención médica, siempre y cuando este se hubiere prestado el daño no se hubiera causado.

La responsabilidad civil del galeno que omite su deber de asistencia a una persona en estado de urgencia, surge entonces cuando el resultado es consecuencia exclusiva o concurrente de la falta de intervención médica del profesional que podía y debía prestarla.

Remitiéndonos un poco al campo de la responsabilidad penal, nos encontramos con que la conducta del médico de no atender a un enfermo grave, puede adecuarse al delito de homicidio por omisión o al delito de

abandono seguido de lesión o muerte, según sea el aspecto volitivo del agente y las circunstancias particulares del hecho, partiendo de todas maneras de la base de que el médico está en posibilidad de atender a la persona enferma.

4.2.4 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA MALA PRACTICA MÉDICA.-

Desde los tiempos primitivos el origen de las enfermedades no era atribuido a causas físicas y orgánicas. Los males aún del cuerpo eran producidos por el castigo de los Dioses razón por la cual quienes desempeñaban el papel de médico eran los sacerdotes, hacían de mediadores entre el divino y lo terrenal, intercediendo por la salud de sus semejantes. Si el sacerdote no lograba restablecer los quebrantos de su paciente, no se le podía imputar ninguna responsabilidad.

CARDONA HERNANDEZ señala que “si el enfermo después de un tratamiento continuaba afectado de sus dolencias o sufría complicaciones graves o no sanaba, lo tomaba como una maldición de los seres vivos, entendían que los Dioses no querían realizar la curación y por lo tanto ese enfermo tenía que soportar el abandono, y el cumplimiento de esa voluntad superior”⁴⁸

⁴⁸ Ginocchio Reyes, Luis Felipe. Negligencia médica. www. Monografías. com.

El castigo a los médicos y a las personas dedicadas a curar ya existía en la antigüedad, esta afirmación se puede constatar en el código de Hammurabi, donde se habla de los castigos a la mala práctica médica.

Bajo el reinado de Hammurabi en el siglo XVIII antes de Cristo, el estado dictó las primeras leyes de moral objetiva relacionadas con la medicina, estableciendo con ellas la responsabilidad jurídica del médico frente a su paciente. En unas tablillas de arcilla encontradas dos siglos antes de las dictadas por Hammurabi hay algunas leyes que regulan la profesión médica a través de una serie de normas.

En la primera parte de éstas se establece la remuneración que el médico percibirá del paciente en caso de curación y sanación de una herida grave y de la nube de un ojo y todo de acuerdo con la dignidad social del paciente.

En la segunda parte se establece lo que deberá pagar el médico al paciente, de acuerdo con su rango social, si este muere a causa de una herida grave o pierde el ojo, entre estas normas tenemos las siguientes:

“Si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave mediante la lanceta de bronce y el hombre cura; si ha abierto la nube de un hombre con la lanceta de bronce y ha curado el ojo del hombre, recibirá un ciclo de plata.

Si se trata de un plebeyo, recibirá cinco ciclos de plata.

Si se trata de un esclavo de un hombre libre, el dueño del esclavo dará al médico dos ciclos de plata.

Si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con la lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, se le cortará las manos.

Si un médico ha curado una herida grave al esclavo de un plebeyo con el punzón de bronce y lo ha matado, devolverá esclavo por esclavo.

Si ha abierto la nube con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo, pagará en plata la mitad del precio del esclavo”.⁴⁹

Estas eran las drásticas sanciones de la pena, el médico no solo era susceptible de sanción, desde la amputación de las manos, sino que también estaba obligado al resarcimiento por el daño resultante de la actividad profesional por lo que debía de reemplazar con otro esclavo.

En la Edad Media la medicina clásica griega permaneció latente y los monjes practican la medicina teúrgica, pues eran eruditos en medicina y difundieron sus conocimientos con la creación de las escuelas Catedralicias fundadas por Carlo Magno en el siglo VIII, quien autoriza la enseñanza de la medicina. Debido al deseo y ansias de conocimientos de los feligreses y de las nuevas sociedades, la Iglesia funda las Universidades y Hospitales y es la

⁴⁹ Código de Hammurabi

responsable de la salud pública. La literatura médica de Oribario y Pablo de Egina así como el libro “De Medicina Precepto” de Sereno Sarmónico fueron los libros más consultados en la época.

En los albores del siglo XXI la medicina ha alcanzado un alto grado de desarrollo, pues los médicos pueden poner a disposición del paciente recursos y tecnología para soluciones efectivas, el aumento de la esperanza de vida lo abaliza, sin embargo los juicios por mala práctica médica se ha incrementado en todo el mundo. Esta mala práctica médica ha atraído el interés de los abogados que en EE. UU. y Argentina se ha constituido en un deporte nacional “la caza del médico”. Estos hechos obligan al médico a ser más certero en sus diagnósticos, practicar la medicina basada en la evidencia para dar un tratamiento correcto y efectivo.

4.2.5 LA RELACION MEDICO PACIENTE.-

Sobre la base de la nueva relación entre médico y paciente se desarrolla el concepto de mala práctica médica. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en forma defectuosa y causar daños al enfermo. Más aún, considerando el desarrollo actual de la medicina puede generarse una serie de peligros dado que la técnica ha invadido la ciencia médica. Por ello las personas tienen que ser amparadas contra los eventuales peligros e irregularidades en el ejercicio profesional.

Dentro de Lex Artis está vinculado íntimamente la “iatrogenia“. Si bien es cierto el término iatrogenia no figura aún en la última edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, sí se encuentra el adjetivo iatrogénico, ca, (del griego *iatrós*, médico; *gēno* e *gēno*) definido como "toda alteración del estado del paciente producida por el médico".⁵⁰ En esta definición se incluye tanto los efectos positivos como los negativos del actuar de los médicos.

En la actualidad, en diversos foros sobre este tema, se está hablando de la “iatropatogenia“, Está definido, que mala práctica médica es la violación del principio del deber de cuidado, que incurre en la violación de la LEX ARTIS MÉDICA, por lo que una vez definido el concepto de mala práctica médica, además de la determinación de los bienes jurídicos que se protege, es preciso señalar que, en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, no se halla tipificado como delito, la mala práctica médica, en su acepción literal, sin embargo, existen otros delitos, en los que se puede encuadrar al momento de sancionarlos.

“La ruptura de la relación médico-paciente aparece desde que los galenos cambiaron pacientes por masa de pacientes; poco tiempo, grandes cantidades de pacientes, necesidades económicas y otras variadas razones generan mala atención o errores en la praxis.”⁵¹

⁵⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

⁵¹ estobles@terra.com.pe

Como vemos ya no existe el verdadero propósito de un médico que es el de salvar vidas, en la obtención del dinero como su principal intermediario, por lo que deja a un lado todo tipo de relación existente, convirtiéndose de esta manera de tipo contractual, en la que una se obliga a cumplir de una forma y la otra asume otro tipo de obligaciones como es la económica en el caso del paciente, propendiendo principalmente a una ciencia médica fría, mecánica y deshumanizada.

“Como consecuencia de ello varía la relación médico-paciente, y se convierte en una de tipo despersonalizado”⁵² Asimismo se da por sentado que esta relación es de tipo contractual. Se genera un contrato de locación de servicios entre las partes, el cual es regulado por nuestro Código Civil y se define como aquel en el que el locador (médico) se obliga sin estar subordinado al comitente (paciente) a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución. Así planteadas las cosas se pasa de una fe ciega a una confianza relativa que hace vital la presencia de la información y el consentimiento. “La información se erige como el elemento que mitiga la desigualdad entre la posición del médico y el paciente”.⁵³

4.2.6 CONSENTIMIENTO INFORMADO.-

El consentimiento se presta en la mayoría de casos en forma oral, aunque se tiende a documentarlo por escrito. “Es un derecho humano primario y a la

⁵² Cáceres Freyre Franklin, Apuntes sobre la mala práctica médica, www.odontomarketing.com, Perú, Septiembre 2000.

⁵³ estrobles@terra.com.pe

vez una exigencia ética y legal para el médico. Su desarrollo conoció distintas etapas: “consentimiento voluntario “, “consentimiento informado “, “consentimiento válido “; actualmente, el “consentimiento auténtico” se caracteriza por adecuarse plenamente al sistema de valores del paciente”.⁵⁴

Salvo las circunstancias excepcionales que se analizan, sólo el paciente es el titular de este personalísimo derecho, debe prestarse antes del acto médico y es revocable sin formalidad alguna.

Para los profesionales de la medicina, el consentimiento informado junto a los derechos humanos y la educación se ha constituido en un triángulo fundamental para la investigación en salud, esto es, porque la obligación de informar representa una garantía al derecho de información que tiene el paciente para el libre ejercicio de su autonomía sobre la salud de su cuerpo y su mente, el derecho a ser informado en estos eventos, es un derecho esencial del ser humano que se encuentra en situación de enfermedad o próximo a ella debido a un diagnóstico, porque no es el médico quien determina su destino sino el mismo paciente, de allí que estemos hablando de un derecho personalísimo.

“El consentimiento informado a su vez, trasforma al médico en educador, al explicar los beneficios de un determinado tratamiento, procedimiento o investigación médica, en este último caso, cuáles serían los aportes a la

⁵⁴ Cáceres Freyre Franklin, Apuntes sobre la mala práctica médica.

salud del paciente y de la humanidad de acuerdo con los objetivos de la investigación. Se trata entonces de una relación que ya no es paternalista, sino una relación educadora entre médico y paciente para que las diferencias cognitivas no sean un obstáculo al entendimiento y a los objetivos del acto médico”.⁵⁵

Del desarrollo de estos procesos así concebidos dependen en buena parte los resultados de la investigación, el bienestar del paciente y el beneficio para la entidad hospitalaria y la salud humana.

En nuestro país, la Constitución Política de la República del Ecuador (art. 361), la Ley Orgánica de la Salud (art. 7) y el Código de Ética Médica del Ecuador (art. 15 y 16), señalan la obligación del consentimiento informado para la realización de todo procedimiento clínico o quirúrgico.

El consentimiento informado en el área clínica, tiene que entenderse como la aceptación por parte de un enfermo competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de tener la información adecuada para implicarse libremente en la decisión clínica.

El principio de autonomía es el fundamento del consentimiento informado que tiene gran importancia en la praxis médica actual, el médico tiene la obligación de informar al paciente de una forma adecuada e inteligible de los

⁵⁵ estrobles@terra.com.pe

potenciales riesgos y beneficios de los tratamientos que se va a efectuar y de los exámenes auxiliares de diagnóstico que va a utilizar.

El uso de este principio previene o disminuye la posibilidad de errores, negligencia y coerción a la vez que promueve en el médico su autocrítica. Pero su principal propósito es establecer la autonomía del paciente, promover su derecho a la autodeterminación y proteger su condición como un ser humano que se respeta a sí mismo.

Como requisitos del consentimiento informado, se deben cumplir por lo menos los siguientes:

Voluntariedad: “Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción”.⁵⁶

El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se ofrece un tiempo suficiente al paciente para reflexionar, consultar o decidir.

Información: “.Debe ser comprensible y debe incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la posibilidad de rechazar el tratamiento o estudio una vez

⁵⁶ Consentimiento Informado, apuntes de medicina.

iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos”.⁵⁷

El intercambio comunicativo entre ambos profesional y paciente, basado en la confianza, ampliará las posibilidades de comprensión de los resultados del tratamiento por parte del paciente.

Comprensión: “Es la capacidad de comprender que tiene el paciente que recibe la información, pero no para aquí la obligación ética del médico”.⁵⁸

Ante la duda debe ejercer su capacidad de persuasión, informando con lenguaje comprensible, al alcance del desarrollo intelectual de su paciente o de sus representantes, sobre cuál es el verdadero bien para éste, desde el punto de vista de su dignidad y su libertad y desde la perspectiva de la medicina, echando mano de su autoridad moral y académica.

Si hablamos de que el estado su principal bien jurídico es la vida, la protección de este derechos en los casos de mala práctica médica es tímida, casi insuficiente cuando un paciente se somete a las manos de un profesional sin medir riesgos, ante cualquier eventualidad que pudiera presentarse.

⁵⁷ Consentimiento Informado, apuntes de medicina

⁵⁸ Consentimiento Informado, apuntes de medicina

No obstante, el médico sí se protege, al proponer el consentimiento informado, el cual debe estar expresamente firmado por el paciente o sus familiares, según el caso.

Así, puede afirmarse que los pacientes están desprotegidos, ante amenazas o lesiones que pudieran suscitarse, al faltar una regulación expresa que contemple los supuestos de lesión, violación o vulneración de sus derechos cuando particulares, ejerciendo funciones como profesionales en estos casos los profesionales de salud, por un error voluntario o no, ocasionan un daño a la vida y la salud de las personas, todo ello, atenta contra los postulados en materia de derechos humanos.

Por otra parte, se ocasiona un desbalance en el patrimonio de las víctimas o sus familiares, porque tienen que cubrir con su propio patrimonio los daños y perjuicios producidos por el error médico, por una negligencia, o por una imprudencia, pues, la mayoría de los profesionales no enfrentan las consecuencias de sus actos y en la mayoría de los casos huyen amparados por su gremio.

Estos profesionales son destinatarios, al igual que todos los ciudadanos, de las normas que rigen el Ordenamiento jurídico, incurren en una flagrante violación al principio de igualdad y no discriminación como a la integridad de las personas o sus familiares por la falta de acceso a la justicia para demostrar el establecimiento de responsabilidades así como las consecuencias adversas por el desempeño de su profesión

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador

TITULO I

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO

Capítulo primero

Principios fundamentales

Art. 1.- “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.⁵⁹

La Constitución de la República del Ecuador, en el Título II Derechos, Capítulo I, señala.

Art. 10.- “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador, art. 1

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”⁶⁰

Art. 11.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá 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 socio-económica, 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. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador. Art. 10

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”⁶¹

Dentro de la Carta magna, podemos encontrar el Capítulo segundo, que nos presenta los Derechos del buen vivir, en la Sección primera Agua alimentación

Art. 12.- “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.⁶²

Art. 13.- “Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador art. 11

⁶² Constitución de la República del Ecuador art. 12

permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales.

El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria”.⁶³

Sección cuarta

Cultura y ciencia

Art. 21.- “Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución”.⁶⁴

Sección quinta

Educación

Art. 27.- “La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y

⁶³ Constitución de la República del Ecuador art. 13

⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador art. 21

comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar.

La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional”.⁶⁵

Así como también la Constitución de la República del Ecuador, en el Título II Derechos, Capítulo II, Sección Séptima sobre Salud, señala;

Art. 32.–“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantiza este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales, y el acceso permanente y oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética con enfoque de género y generacional.”⁶⁶

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador, art. 27

⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador art. 32

Como se advierte la salud es un derecho garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, cuyo ejercicio se vincula a otros derechos que forman el buen vivir, dentro de estos parámetros se incluye la prestación de servicios médicos que garantice plenamente la salud de las personas, este trabajo se orienta precisamente a eso, a preservar la salud de las personas y eliminar la mala práctica médica.

Capítulo tercero

Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Sección primera

Adultas y adultos mayores

Art. 36.- “Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se

considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad”.⁶⁷

Art. 37.- “El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas.
2. El trabajo remunerado, en función de sus capacidades, para lo cual tomará en cuenta sus limitaciones.
3. La jubilación universal.
4. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos.
5. Exenciones en el régimen tributario.
6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley.
7. El acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento”.⁶⁸

La Carta Magna establece que:

Art. 54.-“las personas serán responsables por 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”.⁶⁹

⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador art. 36

⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador art. 37

⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador art. 54

En nuestra Constitución Política señala que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la salud, así como también manifiesta que la prestación de los servicios de salud se regirá por los principios que establece la constitución. Sin embargo pienso que es muy importante que se adecue el delito de la mala práctica médica como un delito totalmente independiente.

El segundo bien jurídico que se tutela es la salud, que se deriva de la vida, el cual al igual que el primero se halla en la legislación internacional e interna.

La actual Constitución de la República del Ecuador, en los arts. 358 al 369, nos dice que el sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, tutelando la salud mediante un sistema integral de promoción y prevención con participación ciudadana; manifestando que los servicios de salud serán seguros, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes, incluyendo un seguro social universal obligatorio cubriendo en sí las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley.

El Ecuador se constituye como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, están regidas por los principios de equidad, calidad y eficiencia con

enfoques de derechos, intercultural, de género y bioético, donde su principal función y en donde radica su esencia es en la protección y tutela de los ecuatorianos en donde se marca la centralidad de todos los derechos, que tiene las características de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, así lo expresa el Art. 11 numeral 6 de la actual Constitución de la República del Ecuador, coloca como supremos el derecho a la vida y otros derechos humanos, dando prioridad a grupos especiales: adultos, jóvenes, migrantes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, niños y niñas, etc. Encontramos innovaciones sobre el Buen Vivir (sumak kawsay), el agua, la soberanía alimentaria, el ambiente sano, la comunicación, los derechos de la naturaleza, los de las comunidades, pueblos y nacionalidades, etc. Además, se encuentra una comprensión amplia de los derechos y garantías constitucionales, que profundiza los derechos humanos y los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades, los derechos ambientales y el derecho a la participación ciudadana, mejorando la calidad de vida de los ecuatorianos.

4.3.2 Código Orgánico de la Salud.-

Art. 1.- “La presente Ley tiene como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley. Se rige por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad,

indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético”.⁷⁰

Como podemos recalcar que el presente código respeta a lo que pronuncia la constitución de garantizar y hacer valer los deberes y derechos de las demás personas, basándose en los principios de equidad igualdad, promoviendo el trato justo con calidad y eficiencia, regulando las acciones que permitan cumplir los valores éticos y morales que tienen los profesionales médicos hacia la comunidad.

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”⁷¹

Art. 203.- “Los servicios de salud, serán corresponsables civilmente, de las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos”.⁷²

⁷⁰ Código Orgánico de la Salud, art. 1

⁷¹ Código Orgánico de la Salud, art. 202

Con esta Ley, el médico es sancionado por no actuar de manera debida, pero no desde el punto de vista de responder al paciente por el daño causado en sus bienes. Además, es necesario mencionar que el Código Orgánico de la Salud no clasifica el accionar del médico de manera indebida como una infracción, por esta razón, cuando la familia del afectado denuncia la mala práctica médica ante la autoridad sanitaria, Los servidores de la salud serán responsables de responder ante los actos originados por su mala actuación, descuido, impericia, negligencia, que ocasionen al paciente.

4.3.3 Código Civil

Art. 29.- “La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

⁷² Código Orgánico de la Salud, art. 203

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.⁷³

Según el art. *Art. 29.- “La ley distingue tres especies de culpa o descuido”* entonces el médico debe responder de cualquier clase de culpa, es decir la responsabilidad de los galenos obedece a las reglas generales. Cuando el juez puede darle por probada con certeza una culpa cometida por un médico, independiente de su gravedad: leve, lata o levísima, debe obligarle al autor de esa culpa a reparar las consecuencias de la misma.

Art. 1563.- “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

⁷³ Código Civil, art. 29.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”⁷⁴

Según este artículo nos menciona que el deudor no es responsable sino de la culpa lata que le son útiles al acreedor, como un buen ejemplo el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

4.3.4 Código Orgánico Integral Penal.-

Artículo 26.-“ Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena”⁷⁵

Carrara expreso: “se reconoce el dolo en la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley”⁷⁶.

Para muchos profesionales de la salud, el dolo no existe en la práctica médica atribuyéndole a que el médico solo busca el beneficio para su

⁷⁴ Código Civil, art. 1563

⁷⁵ Código Orgánico Integral Penal, art. 26

⁷⁶ Carrara

paciente; pero encontramos cuando el médico realiza un aborto criminal, terminando con la vida de un no nacido, tenemos un dolo por acción, mientras que cuando el médico practica la eutanasia pasiva, es decir deja morir al paciente, cuando tiene la obligación jurídica de proteger y prolongar la vida tenemos un dolo por omisión.

Artículo 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega”.⁷⁷

Podemos decir que la culpa se manifiesta cuando se infringe el deber objetivo del cuidado, hablando de la mala práctica médica esto se cumple porque el médico descuida su obligación de atender al paciente, el escenario descrito muestra que lejos, ha quedado la figura que el paciente tenía del médico como un ser incapaz de equivocarse, un hombre titánico en su capacidad y nada menos que conocedor del patrimonio más preciado, su salud, ahora podemos percibir que eso ha quedado atrás, entra la desconfianza e inseguridad de las personas el miedo que todo esto ha generado por personas incapacitadas, de cumplir el deber que tiene el médico, yendo en contra del juramento Hipocrático :

⁷⁷ Código Orgánico Integral Penal art. 26 – 27.

“Juro por Apolo médico, por Esculapio, Hygia y Panacea, juro por todos los dioses y todas las diosas, tomándolos como testigos, cumplir fielmente, según mi leal saber y entender, este juramento y compromiso:.....En cuanto pueda y sepa, usaré de las reglas dietéticas en provecho de los enfermos y apartaré de ellos todo daño e injusticia. Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo; tampoco administraré abortivo a mujer alguna.....No tallaré cálculos, sino que dejaré esto a los cirujanos especialistas. En cualquier casa que entre, lo haré para bien de los enfermos, apartándome de toda injusticia voluntaria y de toda corrupción,Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable. Si este juramento cumpliere íntegro, viva yo feliz y recoja los frutos de mi arte y sea honrado por todos los hombres y por la más remota posteridad. Pero si soy transgresor y perjuro, avéngame lo contrario”.⁷⁸

Destacando las enseñanzas éticas, que tienen vigencia hasta hoy en día, en la conducta, comportamiento y quehacer del médico, tales como: la fidelidad a su misión de preservar ante todo la vida del paciente, jurar solemnemente cumplir, obedecer y marcar como eje del acto médico.

Con todo esto presente la mala práctica profesional médica debe ser vista como un delito independiente, presentándose como una insuficiencia jurídica

⁷⁸ Juramento Hipocrático www.monografías.com

dentro de nuestro Código Orgánico Integral penal en su art. 146, incluyéndolo como homicidio culposo sabiendo que para llegar a este tipo penal es necesario que existan circunstancias que puedan generarlo hasta incluso, llegar a la muerte, pero donde queda, la producción de una incapacidad física o mental generada por una mala intervención médica que no solo se afecta el bien jurídico más grande que es la vida, también se está afectando a la integridad física y psicológica de los familiares, además si nada se hace ahora, las demandas van a seguir creciendo y no se va a poder resolver de una manera eficaz, ya que al no haber un tipo legal específico, sin que lo confundan con otro tipo penal, los Tribunales de Justicia no saben cómo resolver dejando en la impunidad a las personas que han ido en contra de los bienes jurídicos que protege la Constitución.

TÍTULO III

REPARACIÓN INTEGRAL

CAPÍTULO ÚNICO

REPARACIÓN INTEGRAL

Artículo 77.- “Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicarán en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.⁷⁹

Cuando hablamos de reparación integral, podemos decir que todo acto tiene su reacción, cuando el médico ocasiona un daño al paciente tiene la obligación moral, civil y penal, de reparar lo causado, civilmente con la indemnización al paciente o penalmente con su debida aplicación a la pena.

Artículo 145.- “Homicidio culposo.- La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Con la misma pena será sancionado el funcionario público que, inobservando el deber objetivo de cuidado, haya otorgado permisos, licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles que hubieren perecido, y que como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte de una o más personas”.⁸⁰

La lesión del deber objetivo constituye el primer momento en el proceso de conducta del agente dentro del injusto culposo. El deber objetivo de cuidado se plasma en un conjunto de reglas para el ejercicio médico cuya violación demostrada establece la responsabilidad por culpa del infractor. La lesión de este deber se traduce necesariamente en la muerte de la víctima.

⁷⁹ Código Orgánico Integral Penal art. 77

⁸⁰ Código Orgánico Integral Penal art. 145

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

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

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

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

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”⁸¹

La ley protege en este tipo penal la vida humana independiente. Es evidente que la vida humana como un valor supremo dentro de la escala de bienes

⁸¹ Código Orgánico Integral Penal, art. 146.

jurídicos deba ser objeto de protección de comportamiento que signifique su vulneración efectiva.

Puede ser cualquier persona capaz. Pero es el caso, que el profesional médico no es cualquier persona, porque en razón a su profesión, su conducta está regida a mayor responsabilidad en tanto que su actividad profesional lo obliga a realizar sus acciones con mayor previsión, diligencia y se acrecienta el deber del cuidado. El delito resultado de la inobservancia de reglas técnicas de su profesión, dando lugar a que se produzca la muerte de una persona por falta de previsión.

4.3.5 Ley de Federación Médica Ecuatoriana.-

“Art. 1.- Constitúyase la Federación Médica Ecuatoriana para el ejercicio, perfeccionamiento y defensa profesional como una persona jurídica de derecho privado, integrada por todos los médicos que ejerzan legalmente su profesión en el Ecuador, quienes obligatoriamente deberán afiliarse a uno de los Colegios Médicos Provinciales, previo el cumplimiento de la Medicatura Rural y la inscripción del título en el Ministerio de Salud”⁸²

Como podemos ver la Federación médica ecuatoriana está a cargo de encaminar bajo las reglas de la buena conducta a los profesionales médicos, juzgando los actos reprochables de su gremio.

⁸² Ley de Federación Médica Ecuatoriana, art. 1

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
- e. Actuaciones que demuestren parcialización en los Tribunales de concursos o en las apelaciones.

El Tribunal de Honor tiene la potestad de reprimir disciplinariamente las faltas de los agremiados y no agremiados, y de aplicar correctivos disciplinarios así como de emitir su fallo en un tiempo de sesenta días acerca de la conducta del médico así también, juzgara las actuaciones respecto de hechos los médicos profesionales agremiados que contravengan la moral y desdigan de su conducta, además juzgara el quebrantamiento del código de ética profesional del médico, principalmente si este se refiere a negligencia en el desempeño estrictamente de sus labores profesionales etc”.⁸³

Art. 25.- “ El Tribunal de Honor podrá imponer las siguientes sanciones sin perjuicio de las responsabilidades de otra índole:

⁸³ Ley de Federación Médica Ecuatoriana, art. 24

- a. Amonestación verbal;
- b. Censura escrita;
- c. Suspensión temporal en el goce de los derechos de afiliados, y
- d. Expulsión del Colegio, lo cual conlleva la separación en el cargo que estuviere desempeñando el médico.

Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Honor de la Federación Médica solo podrá aplicar correctivos que implique llamado de atención verbal, llamado de atención por escrito, así como separación definitiva del gremio y suspensión de la función que se hubiere encontrado ejerciendo”⁸⁴

“Art. 30.- Son obligaciones de los Miembros: d) “Cumplir y hacer cumplir las disposiciones del Código de Ética y de las Autoridades de Salud”⁸⁵

La Ley de la Federación Médica Ecuatoriana es un compendio de normas relativas al ejercicio legal de la medicina por parte de los profesionales debidamente afiliados a dicho cuerpo colegiado, a través de ella se busca vigilar el desempeño de los mismos, así como imponer sanciones a quienes hayan incurrido en mala práctica profesional pero solo en el aspecto disciplinario puesto que las sanciones en el Ámbito Penal solo le corresponden al compendio doctrinario del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano.

⁸⁴ Ley de Federación Médica Ecuatoriana, art. 25

⁸⁵ Ley de Federación Médica Ecuatoriana, art. 30

4.4 Legislación comparada

4.4.1 Legislación de Argentina

En el derecho argentino vigente, la normativa que permite neutralizar los efectos de las conductas antijurídicas lucrativas es sumamente limitada, lo cual ha dado lugar a esforzados intentos de la doctrina en procura de alcanzar soluciones justas, el Código Civil Argentino contempla la responsabilidad emergente de la mala praxis y la obligatoriedad de su resarcimiento económico (arts. 1073 á 1090 del Código Civil) y/o de la prestación asistencial reparadora, encuadrándola dentro de los Títulos de las Obligaciones, de los Hechos Jurídicos y de las Obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos, esto último especialmente, a través de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

En particular, el art. 902 del Código Civil nos dice: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, mayor será la obligación que resulte de la consecuencia posible de los hechos".⁸⁶ El art. 903 dice: "Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de los hechos."⁸⁷

⁸⁶ Código Civil de Argentina art.902

⁸⁷ Código civil de Argentina art. 903

El art. 904: "Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas". ⁸⁸

El art. 905: "Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho."⁸⁹

Un principio general del derecho y la legislación subsecuente, indica tanto a los Jueces como a los particulares, que quien demanda por un daño debe probar no solo la magnitud del daño, sino también que dicho daño es una consecuencia natural del accionar mal práctico, ello no resulta ni es considerado siempre así por parte de la Doctrina Jurídica.

Por su parte, el Código Penal de Argentina, tipifica la mala praxis de modo específico, a través de los delitos de homicidio culposo (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.

El artículo 94 inciso primero del Código Penal Argentino contempla las lesiones culposas que establece: "Se impondrá prisión de un mes a tres

⁸⁸ Código Civil de Argentina art. 904

⁸⁹ Código Civil de Argentina art. 905

años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud; Si las lesiones fueran de las descritas en los arts. 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses”.⁹⁰

Bajo estas concepciones se puede establecer dos directrices fundamentales para la aplicación del delito de lesiones en la mala praxis médica, el daño en el cuerpo y en la salud, al primero se lo caracteriza como cualquier modificación más o menos duradera en el organismo de la víctima, el daño en la salud se lo considera como la modificación funcional del organismo, en ambos casos el daño causado debe ser perdurable.

4.4.2 Legislación de Chile

El Código Penal Chileno en su 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.

⁹⁰ Código Penal Argentino art. 94

2° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito”⁹¹

ARTÍCULO 491 “El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior”.

⁹²

ARTÍCULO 492.-“ 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”.⁹³

Artículo 494 N° 10.- "El médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas" será sancionado con una multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales".⁹⁴

Podemos ver en la legislación chilena, la sanción al delito medico culposo de acuerdo con el N° 13 del artículo 12 del Código Penal Chileno se encuentran

⁹¹ Código Penal de Chile, art.490

⁹² Código Penal de Chile, art. 491

⁹³ Código Penal de Chile, art.492

⁹⁴ Código Penal de Chile, art. 494

exentos de responsabilidad quienes cometieren un cuasidelito – delito culposo, salvo en los casos expresamente penados por la ley.

Y esos casos expresamente penados por la ley son aquellos que tienen como víctima a una persona. En otras palabras, quién comete un delito culposo que tenga como víctima a una persona, no se encuentra exento de responsabilidad penal.

4.4.3 Legislación de Guatemala.

Dentro del Código Civil de Guatemala, la responsabilidad civil en el Artículo 1,645 del Código Civil presupone la idea de la culpa en la producción del daño, al referir la intencionalidad, el descuido o la imprudencia como medios causales del mismo, sin embargo en la exposición de motivos del mismo, su autor expone: “Todo daño debe repararse, y tanto daño origina el que intencionalmente lo produce como el que une sin intención, también lo causa por omisión, descuido o imprudencia”.⁹⁵

Juicio que complementa el Artículo 1,648 del mismo cuerpo legal, al establecer una presunción de culpa del responsable, que deberá desvirtuar mediante la prueba de que obró con la diligencia debida, pues el perjudicado solo está obligado a probar el daño o perjuicio causado.

⁹⁵ Código Civil de Guatemala, art. 1645

El Artículo 1,655 del Código Civil nos da la fórmula para la determinación y pago de los daños causados objeto de indemnización y lo establece de la siguiente forma: lesiones corporales: “si el daño consiste en lesiones corporales, la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos de curación y al pago de los daños o perjuicios a que resulten de su incapacidad corporal, parcial o total para el trabajo fijado por el juez en atención a las siguientes circunstancias;

1º. Edad, estado civil, oficio o profesión de la persona que hubiere sido afectada;

2º. Obligación de la víctima de alimentar a las personas que tengan derecho conforme a la ley;

3º. Posibilidad y capacidad de pago de la parte obligada. En caso de muerte los herederos de la víctima, o las personas que tenían derecho a ser alimentadas por ella, podrán reclamar la indemnización que será fijada de conformidad con las disposiciones anteriores”.⁹⁶

Dicho postulado nos envía a revisar lo establecido en nuestro Código Orgánico Integral Penal que en su articulado contempla: En el Artículo 112, del Código Penal de Guatemala, se lee textualmente que: “Personas responsables. Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo

⁹⁶ Código Civil de Guatemala, art. 1655

es también civilmente”.⁹⁷ Así también en el Artículo 115, del mismo cuerpo legal, se lee: " La responsabilidad civil derivada de delito o falta, se transmite a los herederos del responsable, igualmente se transmite a los herederos del perjudicado la acción para hacerla efectiva".⁹⁸

4.4.4 Legislación de España.

Dice el artículo 1902 del Código Civil español que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.⁹⁹

Estaríamos ante supuestos de negligencia, de falta del debido cuidado en la labor de cada uno. Está de por medio el difícil problema de la prueba, pero, probada la falta de diligencia, nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad por negligencia: tienen que pagarme la corbata.

Con arreglo a la vigente legislación española y europea en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, le tocaría al fabricante de la corbata abonar el daño de la camisa, pese a que ya hemos dejado claro que ninguna negligencia se dio en su actuación. Sólo unas pocas sentencias han aplicado en este ámbito de la medicina privada el artículo 28 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios para fundamentar el carácter objetivo de la responsabilidad médica.

⁹⁷ Código Penal de Guatemala, art. 112

⁹⁸ Código Penal de Guatemala, art. 115

⁹⁹ Código Civil de España, art. 1902

El Código penal de España en su artículo 142. 1. “El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. 2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años. 3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años”.¹⁰⁰

4.4.5 CODIGO FEDERAL DE MEXICO

El Código Penal en su artículo 228.- “Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso: I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia;

¹⁰⁰ Código Penal de España, art.142

Y II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.”¹⁰¹

ARTÍCULO 229 “El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

El homicidio intencional es penado con prisión por 12 a 24 años. Para los delitos culposos, se impondrá hasta la cuarta parte de la pena, es decir de 3 a 6 años de prisión”¹⁰² Podemos ver que en el código federal mexicano castigan específicamente el actuar médico, sancionándole y obligándole a la reparación del daño causado.

4.4.6 CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE JALISCO

CAPÍTULO II

Responsabilidad Médica

Artículo 157. “Se impondrán de uno a dos años de prisión y suspensión en el ejercicio de su profesión hasta por dos años, al médico o a quien válidamente haga sus veces, que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de

¹⁰¹ Código Penal de México, art. 228

¹⁰² Código Penal de México, art. 229

algún lesionado o enfermo, lo abandone en su tratamiento sin causa justificada.

En caso de reincidencia, la pena será de dos a cuatro años de prisión y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio profesional.

Cuando para el abandono se tenga causa justificada, deberá darse aviso a la autoridad competente para que esta provea lo relativo a la atención médica del lesionado y, mientras que ello suceda, el facultativo seguirá prestando sus servicios al lesionado, salvo el caso de impedimento personal de orden físico o psíquico. La infracción de esta disposición se castigará con pena de uno a tres años de prisión, aparte de las demás sanciones antes señaladas.

La sanción y suspensión a que se refieren los párrafos primero y segundo de este artículo serán duplicadas al médico o a quien válidamente haga sus veces, que practique una intervención quirúrgica innecesaria.

Artículo 158. Quienes ejerzan la medicina y, sin causa justificada, se nieguen a prestar servicios a un enfermo que lo solicite por notoria urgencia, poniendo en peligro la vida de dicho enfermo, serán sancionados con multa por el importe de veinte a doscientos días de salario.

Si se produjere daño en la salud por falta de intervención, se les impondrán además de seis meses a dos años de prisión e inhabilitación para el ejercicio

profesional, por el término de un mes a dos años.

Artículo 159. Se impondrán de tres meses a dos años de prisión al médico, o a quien haga sus veces que reciba para atender de cualquier manera a un lesionado por un aparente hecho delictuoso y no de aviso inmediato al Ministerio Público.

Artículo 160. Se impondrá de un mes a dos años de suspensión en el ejercicio de la profesión y multa por el equivalente de quinientos a mil días de salario mínimo, a los médicos, cirujanos y demás profesionistas similares o auxiliares, por el daño físico o moral que causen por dolo o culpa en la práctica de su profesión.

Las penas señaladas en el párrafo anterior, se aplicarán además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados. En caso de reincidencia, la sanción deberá elevarse hasta dos tercios.

Artículo 161. Los directores, administradores, médicos de sanatorios y clínicas o quienes los substituyan, incurrirán en responsabilidad cuando, sin justificación rechacen la admisión y tratamiento médico de urgencia a una persona. En este caso, la pena será de uno a cinco años de prisión y multa por el importe de veinte a ciento noventa y seis días de salario.”¹⁰³

¹⁰³ Código Penal para el Estado libre y Soberano de Jalisco.

4.4.7 CODIGO PENAL PARA EL NUEVO ESTADO DE LEON

Titulo noveno

Responsabilidad profesional

Capitulo i

Responsabilidad médica, Técnica y administrativa.

Articulo 227.- “los médicos, cirujanos y demás profesionales similares y auxiliares, serán penalmente responsables en la práctica de la profesión, en los términos siguientes:

I.- además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicara suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión, o definitiva en caso de reincidencia; y

II.- estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus ayudantes, enfermeros, o practicantes, cuando estos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos o cuando resulte un daño ocasionado con motivo de un diagnostico evidentemente inapropiado al padecimiento, debiéndose comprender los gastos médicos y funerarios en su caso, que resulten en la comisión de este delito.

ARTICULO 228.- EL ARTICULO ANTERIOR SE APLICARA A LOS MEDICOS QUE HABIENDO OTORGADO RESPONSABILIDAD PARA HACERSE CARGO DE LA ATENCION DE UN LESIONADO O ENFERMO, LO abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

Artículo 229.- Se sancionara con prisión de dos a seis años y multa de diez a cincuenta cuotas a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, en los casos siguientes:

I.- impedir la salida de un paciente, cuando este o sus familiares lo soliciten, pretextando adeudos de cualquier índole;

li.- retener, sin necesidad, a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior; y

lii.- retardar o negar, por cualquier motivo, la entrega inmediata de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

Artículo 230.- a los responsables, encargados, empleados o dependientes de una botica o farmacia, que al surtir una receta substituyan la medicina específicamente recetada, por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se les impondrá prisión de un mes a tres años, y multa de una a quince cuotas,

independientemente del daño que se cause, en cuyo caso se aplicaran las reglas del concurso.

Artículo 231.- igualmente serán responsables, en la forma que previene el Artículo 227, todos los que causen daños indebidos en el ejercicio de una profesión, arte o actividad técnica.

Artículo 231 bis.- los actos de disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos con fines terapéuticos, de docencia o investigación, efectuados en los términos previstos por la legislación aplicable, estarán a salvo de cualquier responsabilidad legal derivada de la aplicación de este código.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Código Federal para el Nuevo Estado de León.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS

5.1.- Materiales Utilizados.

En este proyecto es necesario que se utilice distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, las formas o medios que permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos, llegando a la conclusión que el método científico es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva y subjetiva, es necesario que se apoye al método científico ya que se podrá solucionar así este problema, pero existiendo así también los siguientes:

5.2.- Métodos Utilizados

Método Inductivo.- Es un proceso que parte del estudio de casos o hechos singulares para llegar a principios generales, lo que implica pasar de un nivel de observación y experimentación a un sustento científico de categoría, o sea a la formulación de leyes o teorías.

Método Deductivo.- Parte de un principio general ya conocido para inferir en el consecuencias particulares, expresado de una forma más sencilla, la deducción consiste en partir de una teoría general para explicar hechos o fenómenos particulares.

Método Analítico.- Permite separar las partes del todo para someterlas a un estudio independiente; posibilita estudiar partes separadas de éste, poner al descubierto las relaciones comunes a todas las partes y, de este modo, captar las particularidades, en la génesis y desarrollo del objeto.

El método analítico me permitirá estudiar el problema enfocándome desde el punto de vista, social, cultural, jurídico, político y económico con la finalidad de analizar cuál es su efecto a la sociedad.

Esta investigación será de carácter documental, bibliográfico y de campo principalmente, con el fin de conocer en que es lo que está fallando las leyes para permitir estos casos.

Enfoque

El trabajo investigativo se sustentará en el paradigma crítico-propositivo con el enfoque cuanti-cualitativo, ya que nos permite establecer una medida para contrarrestar el problema que presentan las familias afectadas en situaciones de mala práctica médica y la falta de exigencia profesional del médico en su responsabilidad civil y penal ; de igual forma se centrará en el enfoque cualitativo, puesto que se recopilará información numérica y estadística; porque estos resultados estadísticos serán sometidos a análisis e interpretaciones de carácter crítico.

6.- RESULTADOS

6.1 Análisis de Aplicación de la Encuesta.

La encuesta fue aplicada en un número de 20, a personas conocedoras de la problemática jurídica a investigar, estando entre ellas Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias Afectadas en la ciudad de Ambato, obteniendo los siguientes resultados:

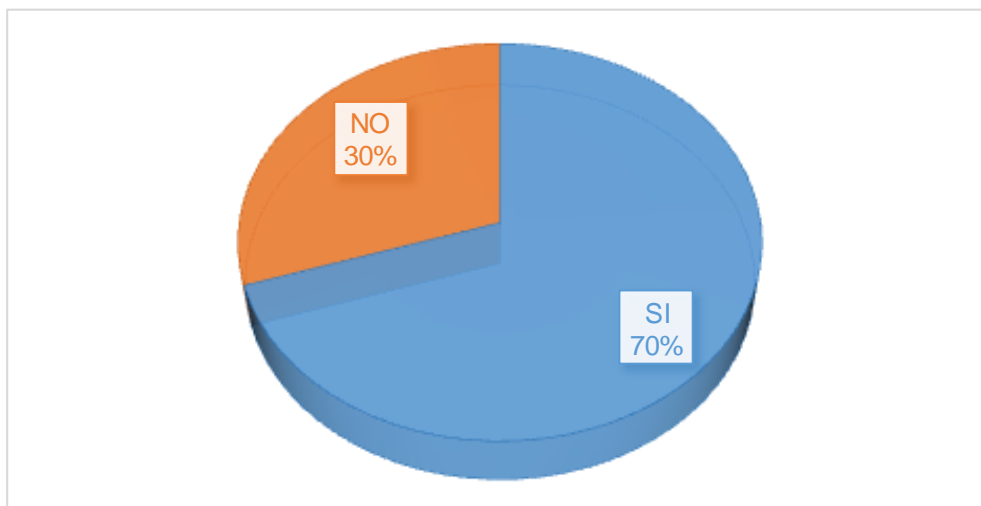
PRIMERA PREGUNTA

1. ¿En alguna ocasión, dentro de su ámbito social, familiar, o profesional, ha escuchado o conocido sobre algún caso de mala práctica médica que ha quedado impune?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	70%
NO	6	30%
TOTAL	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

Dentro de las 20 personas encuestadas que equivale al 100% el 70% que equivale a las 14 personas encuestadas, ha manifestado que en alguna ocasión, dentro de su ámbito social, familiar, o profesional, ha escuchado o conocido sobre algún caso de mala práctica médica que ha quedado impune, mientras que el 30% de personas encuestadas que equivale a 6 personas han manifestado que no han escuchado.

Análisis

En el Ecuador aún existen casos de la mala práctica médica que han quedado en la impunidad, que no haya castigo para los responsables, por una falta de tipificación para este tipo de delitos, En el numeral 3 del Art, 76 de la Constitución dice: “Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.¹⁰⁵

Al no conocerse casos por el miedo o temor a represalias no se puede descubrir si habido algún caso en particular que haya completado un proceso penal, de lo señalado en este precepto constitucional, se deduce que la mala práctica médica al no encontrarse tipificada queda en la

¹⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador.

impunidad, lo que es preocupación permanente de la ciudadanía, y mucho más, cuando vemos que estos ilícitos cada vez son mayores por el número de afectados y la gravedad de los mismos.

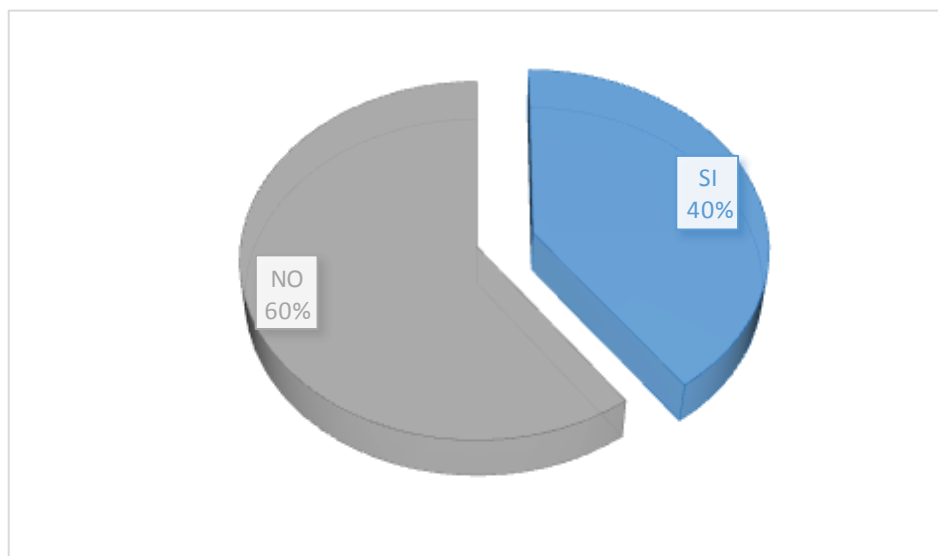
SEGUNDA PREGUNTA

2. ¿Considera usted que las responsabilidades generadas, por la mala práctica médica, se encuentran reguladas actualmente en las leyes ecuatorianas?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	40%
NO	12	60%
TOTAL	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

Del 100 por ciento de las personas encuestadas el 60% que equivale a 16 personas encuestadas, manifestaron que actualmente no se encuentran reguladas las responsabilidades generadas por la mala práctica médica, mientras que el 40 % que equivale a 8 personas encuestadas manifestaron que sí las encontramos reguladas pero no con el tipo específico, pero aun así mediante esos tienen una idea.

Análisis

Podemos decir que actualmente no se encuentra especificada la mala práctica médica, solo nos basamos con las sanciones prescritas en la legislación ecuatoriana, que a veces se confunde con la sanción específica para dar en este tipo de casos, como en el hoy presente Código Orgánico Integral Penal que se sanciona a este tipo con el art. 146 del Homicidio Culposo por mala práctica profesional, pero no se especifica en sí, el tipo penal.

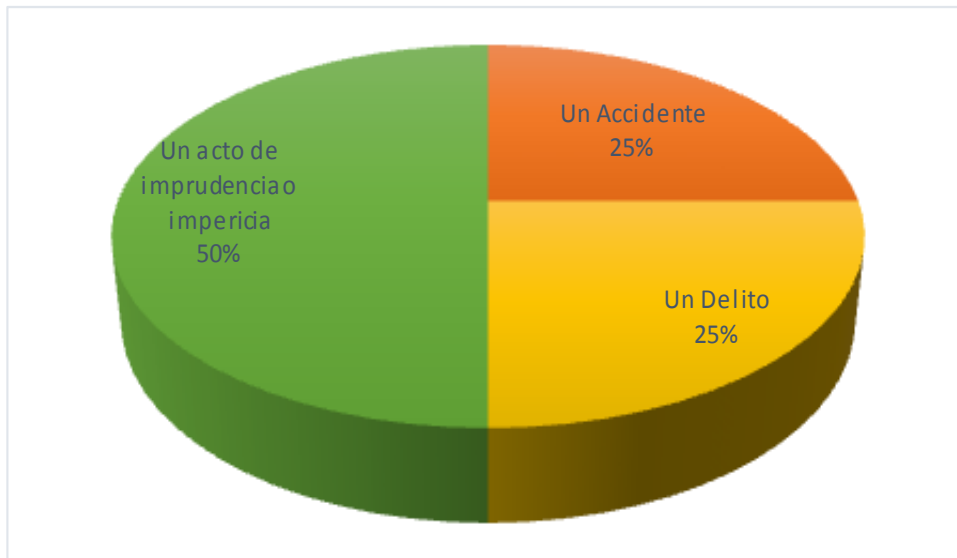
TERCERA PREGUNTA

3. ¿Cómo considera usted a la mala práctica médica realizada por un Profesional de la salud?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Un accidente	5	25%
Un Delito	5	25%
Un acto de imprudencia o impericia	10	50%
Total	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

De los veinte encuestados, se puede observar en el gráfico que tres de los mismos que equivalen al 25% nos dijeron que la mala práctica médica es un accidente, mientras que cinco de los encuestados que equivalen al 25% nos manifestaron que es un delito; por último, 10 de los encuestados que equivale al 50% nos respondieron que la negligencia médica es un acto de imprudencia o impericia.

Análisis

Reconocidos todos los resultados que arrojó esta interrogante se puede decir que la mayoría de los encuestados coinciden en que la negligencia médica es un acto de imprudencia o impericia, dos elementos que son considerados fundamentales para determinar la culpa y en su debido momento la responsabilidad penal de un hecho; La negligencia médica no se encuentra tipificada como delito en el Código Orgánico Integral Penal, por lo tanto, resulta difícil responsabilizar a los médicos que incurren en este tipo de actos desde el punto de vista penal.

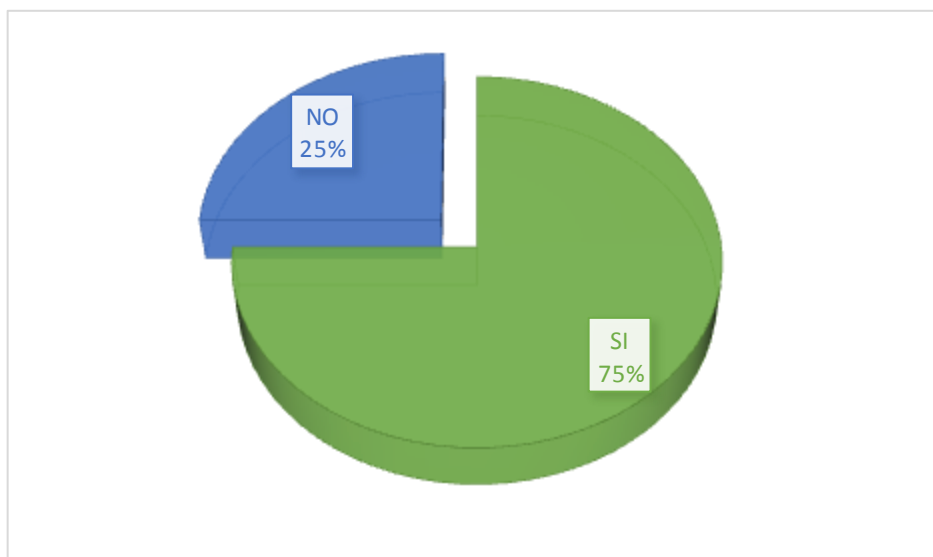
CUARTA PREGUNTA

4. ¿Cree usted que la falta de tipicidad, de la mala práctica profesional médica, viola el principio de seguridad jurídica de las personas?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	15	75%
No	5	25%
Total	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

El 75% del 100 % que equivalen a 15 las personas encuestadas manifestaron que la falta de tipicidad, de la mala práctica profesional médica, viola el principio de seguridad jurídica de las personas, mientras tanto el 25 % equivalentes a 5 personas encuestadas nos supieron decir que la falta de tipicidad, de la mala práctica profesional médica, no viola el principio de seguridad jurídica de las personas

Análisis

Mientras que en la carta magna nos dice que el bien jurídico protegido es la vida tratando de precautelar un derecho fundamental de los seres humanos en estos casos nos vemos indefensos porque no existe la sanción acorde para los responsables que ocasionan la muerte de las personas que están a su cargo, violando la seguridad y protección para con las personas.

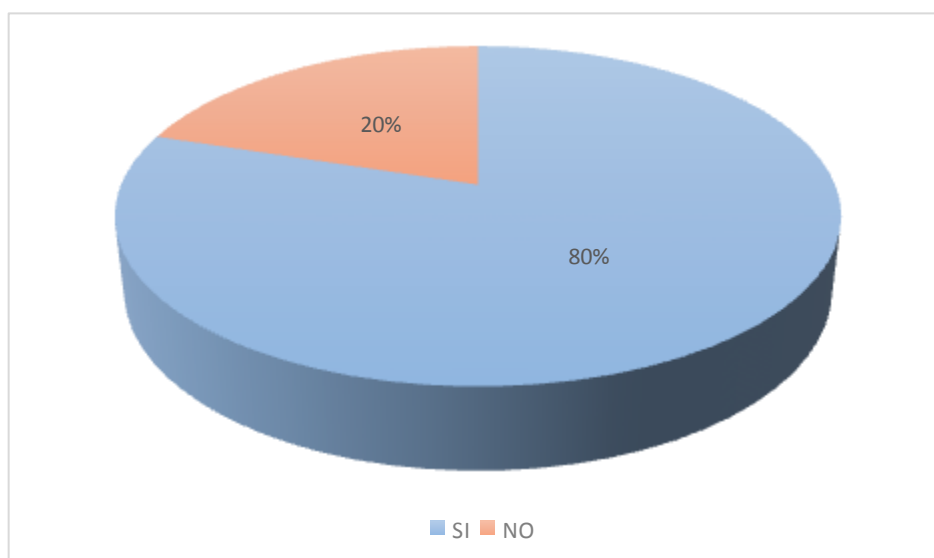
QUINTA PREGUNTA

5. ¿Cree usted que la mala práctica médica realizada por un profesional de la salud que ocasiona lesiones graves a la vida y la integridad física de las personas es un delito que debe ser sancionado y penado por la ley?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	16	80%
No	4	20%
Total	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

La mayoría de los encuestados, que son un número de dieciséis, equivalente al 80% coinciden en que la mala práctica médica realizada por un profesional de la salud, que ocasiona lesiones graves a la vida y la integridad física de las personas, es un delito que sí debe ser sancionado y penado por la ley, mientras que el 20% equivalentes a cuatro personas, manifestaron que la mala práctica médica no es un delito que deba ser sancionado, al no estar tipificado por el cuerpo legal.

Análisis

Se debería sancionar penalmente la mala práctica médica realizada por un profesional de la salud, ya que de esta manera se pueda declarar responsable de este hecho a los verdaderos culpables y exigir mayor prolijidad, y respeto, por parte de las instituciones de la salud para con sus pacientes, también lograríamos disminuir la impunidad que estos generan.

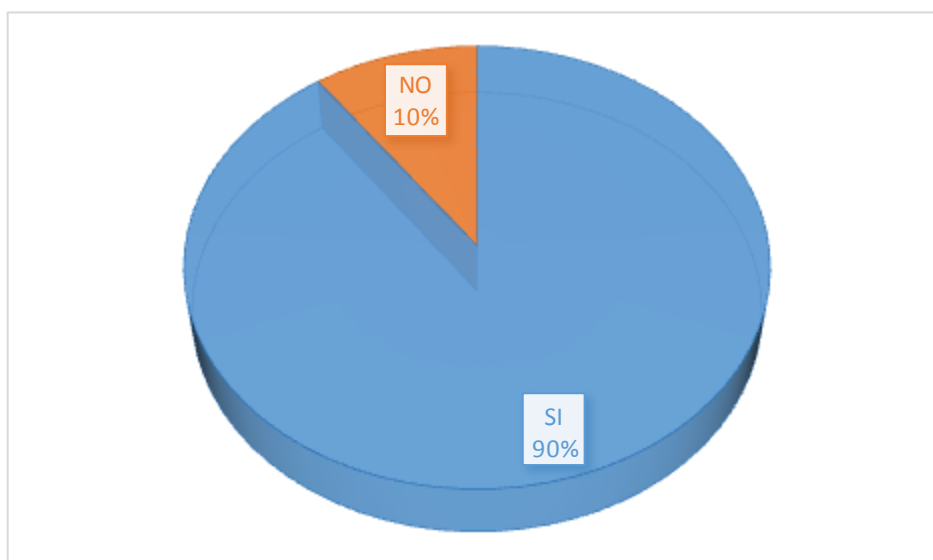
SEXTA PREGUNTA

6. ¿Cree usted que al no ser considerados responsables penalmente los Profesionales de la salud que cometen mala práctica médica con sus pacientes estos actos quedan en la impunidad?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	18	90%
No	2	10%
Total	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

Cómo se puede observar en el gráfico dieciocho de los encuestados que equivale al 90% nos dicen que al no ser considerados responsables penalmente los profesionales de la salud, que cometen mala práctica médica con sus pacientes, estos actos sí quedan en la impunidad, mientras que dos de los encuestados, que equivalen al 10% nos dicen que la mala práctica médica no queda en la impunidad ya que al no ser considerados responsables penalmente los médicos, esto quiere decir que tampoco hay culpa o delito, por lo tanto, no procede, ya que al no haber un tipo no puede haber sanción y en si no llegaría a quedar en la impunidad.

Análisis

En lo que concierne a la sanción que deberían tener los médicos que incurran en mala práctica se ha generado un espíritu de cuerpo por parte de los profesionales de la salud alrededor de la mala práctica médica, para nadie le es desconocido que los casos que han sido ventilados a través de la vía civil y administrativa, no han tenido mayores resultados muchas de las veces, porque se les aplica las penas más favorables y menos rigurosas que se encuentran en el Código de la Salud o en el Código Civil. Esto trae como consecuencia la impunidad de los culpables de estos actos y la indefensión de las víctimas de éstos.

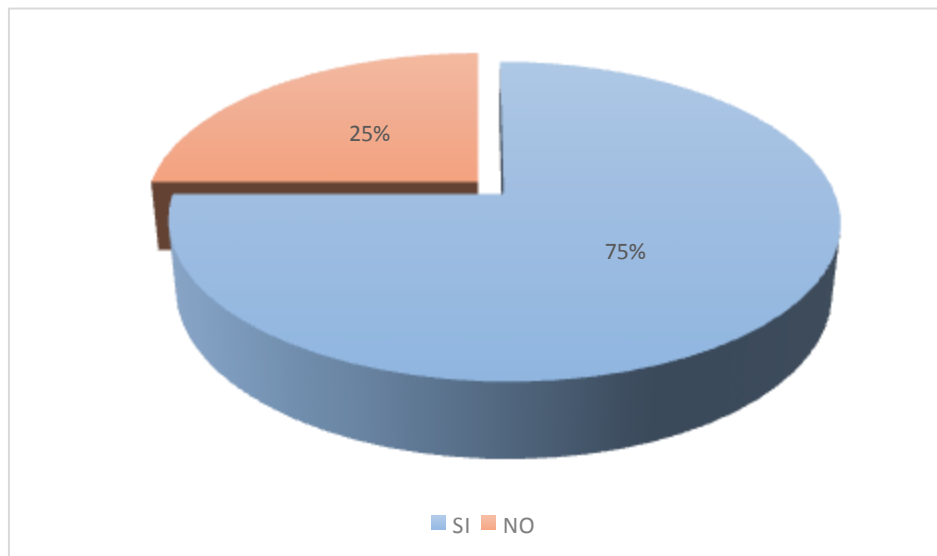
SÉPTIMA PREGUNTA

7. ¿Cree usted que el estado debe tener responsabilidad solidaria, respecto a la mala práctica profesional médica, que genere daños a terceros?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	15	75%
No	5	25%
Total	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

Del 100% de las personas encuestadas el 75% que corresponde a 15 encuestados, respondió que el estado debe tener responsabilidad solidaria, respecto a la mala práctica profesional médica, que genere daños a terceros, mientras tanto el 25 % que equivale a 5 personas encuestadas, cree que el estado no debe tener responsabilidad solidaria, respecto a la mala práctica profesional médica, que genere daños a terceros.

Análisis

Podemos decir que en la constitución en su art. 32, señala “La salud es un derecho que garantiza el Estado” sería también pertinente que el estado debería tener responsabilidad solidaria, respecto a la mala práctica profesional médica, que genere daños a terceros; estamos recurriendo a un acto de protección efectiva de estos derechos por parte del Estado, quien tiene la obligación de poner a disposición de los afectados por mala práctica médica todos los instrumentos legales a su orden; el problema de este hecho radica en que no se sanciona la práctica médica en la mayoría de los casos, por una simple razón, uno de los principios del delito es la tipicidad, y, en este caso concreto no existe en el Código Penal sanción para los que incurran en estas prácticas.

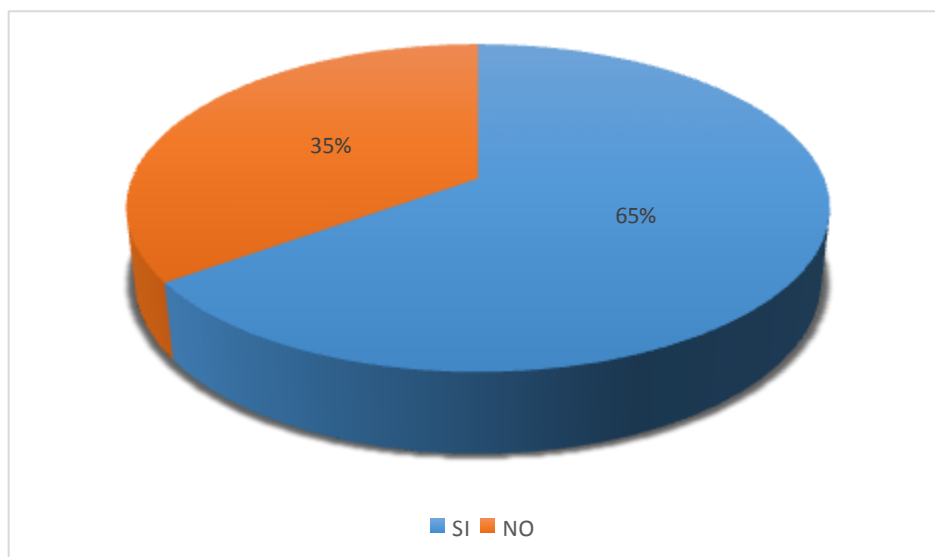
OCTAVA PREGUNTA

8. ¿Está de acuerdo en que organizaciones privadas de la salud, y el estado, por medio de la función judicial, brinden asesoría, y representación legal, a las víctimas de prácticas médicas erróneas, y dolosas?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	13	75%
No	7	25%
Total	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

Del 100% de las personas encuestadas el 75% equivalentes a 13 personas encuestadas, opino que están de acuerdo en que organizaciones privadas de la salud, y el estado, por medio de la función judicial, brinden asesoría, y representación legal, a las víctimas de prácticas médicas erróneas, y dolosas, mientras que 7 personas equivalentes al 25 % del 100% manifestó, que no están de acuerdo que instituciones privadas brinden asesoría a las víctimas.

Análisis

Puesto que las personas que son víctimas de una mala práctica médica, no saben qué hacer sería necesario que se brinde una asesoría a las personas para que pidan una solución a su problema, debe ser general además es una obligación del Estado garantizar a las víctimas del delito el acceso oportuno al órgano judicial competente para la tutela efectiva y el pleno goce de los derechos amparados en la Constitución y Organismos Internacionales, además se aportaría a la celeridad de los procesos y se podría entablar sanciones penales, administrativas o civiles según la gravedad del caso. El resultado minoritario indica que no es necesario debido a que consideran que en el Ecuador la justicia no está garantizada.

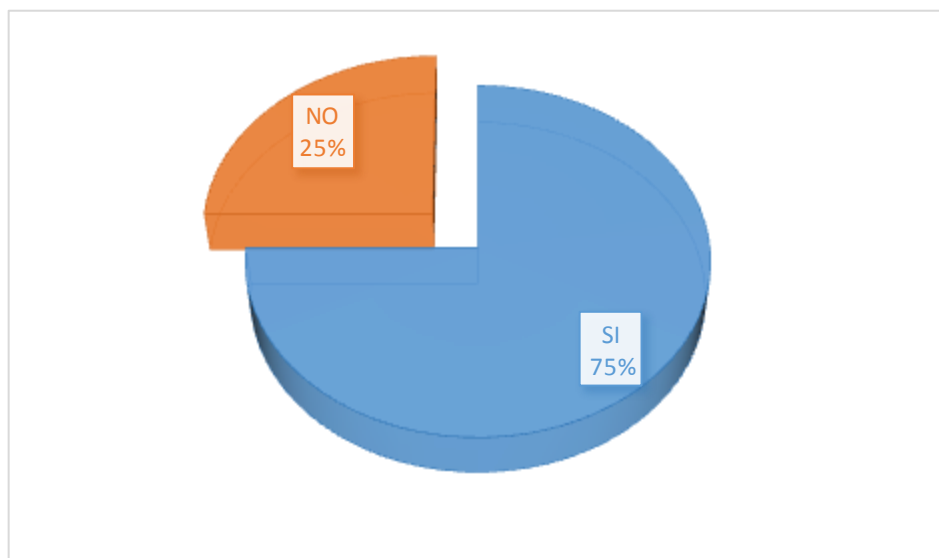
NOVENA PREGUNTA

9. ¿Sería pertinente en que el ejercicio profesional de la medicina, sea evaluado periódicamente, por parte del estado, para garantizar, que los servicios médicos sean de excelente calidad?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	15	75%
No	5	25%
Total	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

Del 100% de las personas encuestadas el 75% que corresponden a 15 encuestados, opino que sería pertinente en que el ejercicio profesional de la medicina, sea evaluado periódicamente, por parte del estado, para garantizar, que los servicios médicos sean de excelente calidad, mientras que el 25% que equivale a 5 encuestados manifiesta que no sería pertinente que el ejercicio profesional sea evaluado periódicamente, supieron decir que los médicos se pondrían nerviosos y resultaría el efecto contrario.

Análisis

De los resultados expuestos se puede rescatar, en mi criterio, que el Estado tiene como deber primordial el garantizar y precautelar uno de los bienes más preciados de los seres humanos la vida, sin embargo, no contamos con una estructura hospitalaria con todos los equipos tanto técnicos como humanos de primer nivel, lo que ocasiona graves problemas para la salud pública de los ciudadanos, tomando muy en cuenta que la mayoría de los casos de negligencia médica se dan en los hospitales del Estado. Por lo tanto, el Estado no garantiza el derecho a la salud y a la vida de las personas. El resultado minoritario indica que no es necesario pues el CEACES es una institución que evalúa los conocimientos de los profesionales, sin embargo comparte en que es necesario que se evalúe la práctica profesional y para ello es necesario una institución fiscalizadora y reguladora.

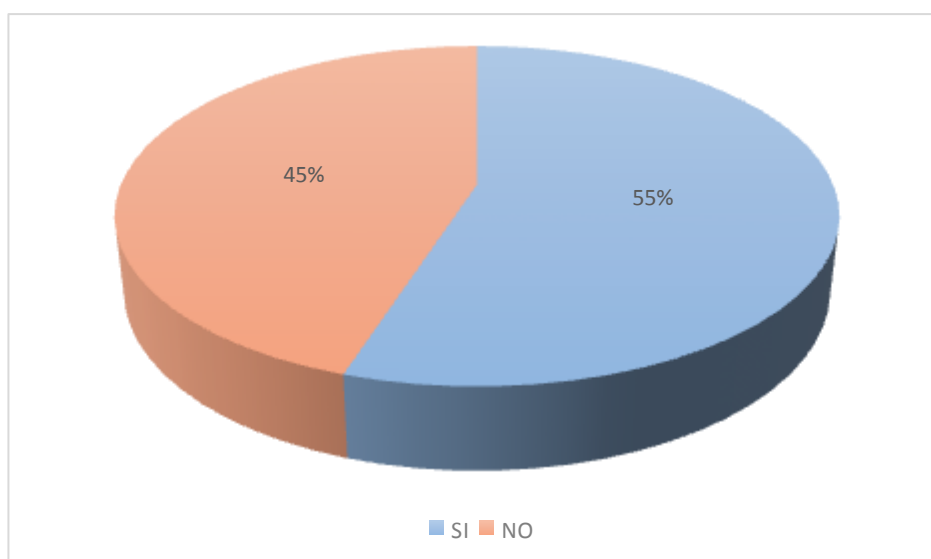
DÉCIMA PREGUNTA

10. ¿Considera pertinente, que se plantee una reforma jurídica que tipifique y sancione la mala práctica profesional médica ya sea esta por negligencia, impericia, imprudencia o cualquier otra causa de intervención en su desempeño se estableciere que ha causado la muerte, lesión permanente, invalidez, estado de coma o vegetativo y cualquier forma de incapacidad física o mental.?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	11	45%
No	9	55%
Total	20	100%

Fuente: Población encuestada, Abogados en libre ejercicio, Profesionales de la Salud y Familias afectadas.

Autora: Cristhel Salazar



Interpretación

Cómo se puede observar en el gráfico quince de los encuestados que equivale al 75% nos dicen que al no ser considerados responsables penalmente los profesionales de la salud, que cometen mala práctica médica con sus pacientes, estos actos sí quedan en la impunidad, mientras que dos de los encuestados, que equivalen al 25% nos dicen que no es así.

Análisis

La mala práctica médica debe ser tipificada como delito en el Código Orgánico Integral Penal, por muchas razones, una de ellas es el de atentar contra uno de los bienes más sagrados de las personas, la vida, así mismo, este tipo de actos se han ido incrementando en todo el país debido a que las sanciones no son lo suficientemente drásticas para frenar un poco estos reprochables hechos.

6.2 Resultados de la investigación de campo y observación realizada en la ciudad de Ambato.

Según nuestra investigación, los casos de mala práctica médica que requerimos investigar en la Fiscalía nos dio como resultado lo siguiente: hasta julio del 2012, 120 casos se registraron y en lo que va del 2013, se registran 99, Total 230 casos registrados en el ministerio público, debemos anotar que estas estadísticas se refieren a lesiones ya que en nuestra legislación penal antiguo no se tipificaba con precisión la mala práctica profesional médica. Luego de ello empezamos a realizar la investigación de campo y de observación a la Defensoría del Pueblo y nos dio como resultado lo siguiente en lo que va del 2012 se registran 80 quejas y en lo que va del 2013, se registran 90 quejas Total, 170 casos que han sido denunciados por Mala Práctica Médica. Y en lo que tiene que ver con los medios de comunicación (periódicos) en lo que van del año 2012 se registran 40 casos y en lo que va del 2013 se registran 50, Total 90 casos denunciados; En lo que tienen que ver en los Juzgados y Tribunales de lo Penal ni un caso ha sido ha llegado a ser sancionado, es decir ni un caso ha sido resuelto para Instrucción Fiscal o en su caso ser resuelto y ser sancionado por dicho ente, de los 490 casos registrados, equivalentes al 100%, 400 de los casos han llegado solo a denuncia, y los últimos 90 casos se han mantenido en indagación previa, como podemos ver la mala práctica médica sigue siendo un problema para las familias afectadas por no hallar una pronta solución.

6.3 Estudio de Casos

La ausencia de un encuadramiento jurídico que sancione como delito autónomo los posibles casos de presunta mala práctica médica en el país, ha conllevado que ese tipo de sucesos aumenten cada año y muchas veces queden en la completa impunidad.

Como delitos contra la salud pública cometidos por imprudencia, negligencia, impericia, o inobservancia de la ley, como lesiones u homicidio inintencional, constan en la Fiscalía General las denuncias presentadas por personas que han perdido a sus seres queridos tras una presunta mala práctica médica en el país, o que han quedado con irreversibles daños físicos o psicológicos y endeudados tras vivir situaciones calamitosas.

El asunto radica, que no todos los casos se hacen públicos porque están en etapa de indagación previa y por ende se mantienen en reserva. Sobrevivientes y familiares de fallecidos por malas prácticas médicas han buscado inútilmente que se sancione a los responsables, pero no lo han conseguido debido a la falta de legislación específica al respecto.

La muestra más palpable de que no hay legislación que tome como un delito autónomo la mala práctica profesional médica.

CASO 1

Doña Y.Z. Z., de 25 años de edad, con antecedentes de cesárea previa, cursó su segundo embarazo con fecha de última regla (**FUR**) el día 21 de julio de 2009. Se programó el ingreso el día 7 de mayo de 2010 para maduración cervical y por tanto conclusión del embarazo.

A las 9:00 horas de este día, la paciente ingresó en el Hospital y se le colocó un **registro cardiotocográfico**, que mostró un ritmo comprimido de la frecuencia cardíaca fetal y se le administró un comprimido de Cytotec® (misoprostol), una prostaglandina estimulante de la contracción uterina y que provoca la maduración cervical.

A las 16:45 horas –tras 7 horas y 45 minutos desde su ingreso-, se exploró a la paciente y se constató una dilatación cervical de 2 centímetros y una presentación fetal sobre el estrecho superior de la pelvis. El **registro cardiotocográfico** apreció una hiperdinamia uterina con fases de hipertonia, que produjeron en el feto un ritmo comprimido e incremento de la frecuencia cardíaca.

A las 19:00 horas se exploró a la paciente y se apreció una dilatación del cuello uterino de 3 centímetros, una taquisistolia uterina mantenida y disminución de la frecuencia cardíaca fetal, claramente sugerente de una pérdida del bienestar fetal.

A las 23:00 horas, se exploró a la paciente y se describió la existencia de una *“dinámica uterina de 3 contracciones en 10 minutos, con una duración de 35 segundos, una presentación fetal cefálica, ubicada entre el II-III plano de Hodge y una frecuencia cardiaca fetal de 140 latidos/minuto”*.

A las 23:10 horas, se indicó la realización a Doña Y.Z. Z., de un **parto instrumental con fórceps**. Se extrajo un varón vivo, de 3900 gramos de peso, hipotónico, con una determinación del **Ph del cordón umbilical** de 6.92. Tras la reanimación inicial se apreció una hipotonía y escaso esfuerzo respiratorio, con tiraje subcostal e intercostal y quejido audible, por lo que se trasladó a la Unidad de Neonatología de referencia, a través del **Servicio de Traslado de Pacientes Críticos** y aplicando el protocolo de enfriamiento cerebral. Tras el periodo expulsivo se constató la presencia de hipotensión arterial de la paciente y sangrado vaginal.

A las 23:40 horas se decidió hacer a Doña Y.Z. Z., una **laparotomía exploradora** (apertura de la cavidad abdominal) en la que no se apreció hemoperitoneo (sangre libre en cavidad abdominal), se procedió a la apertura vesical y no se encontró lesión en la misma; y ante la persistencia de la hipotensión arterial e hipotonía uterina se decidió realizar una histerectomía subtotal.

En la valoración del sangrado existió una gran discrepancia entre la apreciación hecha por la médica asistente al parto - 500 mililitros en total - y

la valoración de importante sangrado que realizo la médica anestesista. La paciente preciso en quirófano la reposición de volumen y la transfusión de 4 UI de glóbulos rojos sedimentados.

A las 24:00 horas –*durante el procedimiento quirúrgico de histerectomía*-, Doña Y.Z. Z. presentó una parada cardiaca que precisó medidas de reanimación avanzadas, que consiguieron el retorno a un ritmo cardiaco normal.

A las 2:00 horas del día 8 de mayo de 2010 la paciente ingreso en la UCI con una sangre incoagulable compatible con una coagulopatía de consumo del paciente crítico. Se solicitaron glóbulos rojos sedimentados, plasma y plaquetas que no se llegaron a transfundir y a las 3:45 horas del día 8 de mayo de 2010 Doña Y.Z. Z sufrió una segunda parada cardiorrespiratoria que no respondió a las medidas de soporte vital avanzado y provocó su fallecimiento.¹⁰⁶

¹⁰⁶ EL TELEGRAFO, PBX: (593-2)2522331 - (593-2)2907784 - (593-2)2552897 - Quito, Ecuador,

7.- DISCUSIÓN

7.1.- Verificación de Objetivos

En el proyecto de tesis se planteó los siguientes objetivos, los mismos que se verifican de la siguiente manera:

Objetivo General:

- ✓ Realizar un estudio crítico, jurídico, y doctrinario del Código Orgánico Integral Penal en lo referente a la Responsabilidad Profesional en el ejercicio Médico

Este objetivo fue verificado por cuanto de la investigación realicé un estudio crítico y pormenorizado de la formas de aparición del delito y la responsabilidad, tanto civil como penal, de los médicos, de igual forma se consideró algunos aspectos de carácter crítico, jurídico y doctrinario amparándome en los distintos criterios de tratadistas de renombre nacional e internacional.

Objetivos específicos:

- Realizar un análisis Comparativo - Jurídico a los aspectos legales tanto, en el Código Orgánico Integral Penal, Código de la Salud y

Código Civil en las sanciones establecidas referente a la mala práctica médica.

Este objetivo fue verificado a través del desarrollo de la investigación al hacer un análisis comparativo acerca de las doctrinas penales y civiles de la legislación ecuatoriana.

- Demostrar, que existen casos de mala práctica médica en el Ecuador que se han quedado en la impunidad, dentro de la Ciudad de Ambato.

Este objetivo fue verificado a través del resultado obtenido en el estudio de campo realizado a los funcionarios públicos de la ciudad de Ambato.

- Establecer la necesidad de Reformar el Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de tipificar la Mala Práctica Profesional Médica y establecer una sanción.

Este punto se cumple en el Capítulo Final, se ha planteado el Proyecto de Reformas al Código Orgánico Integral Ecuatoriano, incluyendo la tipificación y penalización de las conductas de mala práctica médica.

7.2.- Contrastación de Hipótesis

ENUNCIADO “Nuestra legislación Penal ecuatoriana, no establece, tipifica, sanciona y penaliza, de forma clara, en el Código Orgánico Integral Penal, la

mala práctica profesional médica, permitiendo que este tipo de delito quede en la impunidad.”

Luego de haber realizado la investigación de campo y posteriormente analizados los resultados de la encuesta y de la entrevista, la hipótesis planteada queda demostrada, ya que en el Ecuador existen muchos casos de mala práctica médica que han quedado en la impunidad, y no han sido sancionados, ya que no se encuentra tipificada como infracción penal en el Código Orgánico Integral Penal.

7.3.- Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma

La propuesta de reforma que se pretende plantear tiene como base las siguientes disposiciones legales, las cuales han sido ya analizadas en el marco jurídico de la presente tesis, pero sin embargo, es necesario volverlas a mencionar, para tener con claridad un fundamento en tal propuesta.

TITULO I

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO

Capítulo primero

Principios fundamentales

Art. 1.- “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.¹⁰⁷

La Constitución de la República del Ecuador, en el Título II Derechos, Capítulo I, señala;

Art. 10.- “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”¹⁰⁸

Art. 11.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

¹⁰⁷ Constitución de la República del Ecuador, art. 1

¹⁰⁸ Constitución de la República del Ecuador. Art. 10

Nadie podrá 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 socio-económica, 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. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador art. 11

La Constitución de la República del Ecuador, en el Título II, Capítulo II, Sección Séptima sobre Salud, art. 32, señala “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantiza este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales, y el acceso permanente y oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética con enfoque de género y generacional.”.

Como se advierte la salud es un derecho garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, cuyo ejercicio se vincula a otros derechos que forman el buen vivir, dentro de estos parámetros se incluye la prestación de servicios médicos que garantice plenamente la salud de las personas, este trabajo se orienta precisamente a eso, a preservar la salud de las personas y si no se lograra eliminar la mala práctica médica, contribuir a que este ejercicio profesional inadecuadamente realizado se disminuya y como tal tipificando en la norma jurídica para su control y sanción.

La misma Constitución en el Art. 52, señala “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad,

así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La Ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los consumidores y las sanciones por la vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.

Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

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

El Ecuador se constituye como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, están regidas por los principios de equidad, calidad y eficiencia con enfoques de derechos, intercultural, de género y bioético, donde su principal función y en donde radica su esencia es en la protección y tutela de los ecuatorianos en donde se marca la centralidad de todos los derechos, que tiene las características de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, así lo expresa el Art. 11 numeral 6 de

la actual Constitución de la República del Ecuador, coloca como supremos el derecho a la vida y otros derechos humanos, dando prioridad a grupos especiales: adultos, jóvenes, migrantes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, niños y niñas, etc. Encontramos innovaciones sobre el Buen Vivir (sumak kawsay), el agua, la soberanía alimentaria, el ambiente sano, la comunicación, los derechos de la naturaleza, los de las comunidades, pueblos y nacionalidades, etc. Además, se encuentra una comprensión amplia de los derechos y garantías constitucionales, que profundiza los derechos humanos y los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades, los derechos ambientales y el derecho a la participación ciudadana, mejorando la calidad de vida de los ecuatorianos.

Código Civil¹¹⁰

En el tema estudiado, dentro de nuestro Código Civil ecuatoriano encontramos artículos en los cuales se enmarcaría la acción indemnizatoria por mala praxis médica como es en el Libro IV De las Obligaciones en General y De los Contratos Titulo XXXII De los Cuasicontratos. La violación de los deberes de cuidado del médico enmarcaría en el hecho culpable causado, sin intención de dañar, establecido en el Art. 2184.- Fuentes no convencionales de las obligaciones literal, constituyendo un cuasidelito conocido como el acto negligente imprudente que causa daño a otro, dando lugar a una indemnización obligatoria establecida en el art 2214.- Efectos del

¹¹⁰ Código Civil Ecuatoriano Ediciones Legales

hecho ilícito sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes, así también en los Artículos 2017.- Responsabilidad solidaria por el hecho ilícito y 2020.- responsabilidad por hechos ajenos, que tratan sobre la responsabilidad solidaria y deber de cuidado, de varias personas en un hecho sea este ilícito o culpable, puesto que la actuación médica se basa el principio de confianza que el médico y su equipo de trabajo deben mantener dentro del ejercicio de su arte o profesión.

Es de aplicación, además de los mencionados, el art. 2236.- Acción popular por daño contingente, donde se concede el derecho de acción, a quienes fueron víctimas de un daño para pedir indemnización ya sea en forma conjunta cuando el daño sea provocado a varias personas, e individual cuando la víctima es solo una persona siempre y cuando esta pueda reclamarla personalmente la víctima o su representante legal; si se produjo la imposibilidad física aplicaría el artículo art. 2233 Del derecho a la acción por daño moral, donde dicha acción podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

Pero si en el hecho ilícito se produjo la muerte de la víctima, podrán intentarla su derecho habiente.

Código Orgánico de la Salud¹¹¹

Art. 1.- “La presente Ley tiene como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la

¹¹¹ Código Orgánico de la Salud

Constitución Política de la República y la ley. Se rige por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético”.¹¹²

Como podemos recalcar que el presente código respeta a lo que pronuncia la constitución de garantizar y hacer valer los deberes y derechos de las demás personas, basándose en los principios de equidad igualdad, promoviendo el trato justo con calidad y eficiencia, regulando las acciones que permitan cumplir los valores éticos y morales que tienen los profesionales médicos hacia la comunidad.

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.

¹¹² Código Orgánico de la Salud, art. 1

Art. 203.- Los servicios de salud, serán corresponsables civilmente, de las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos.

Código Orgánico Integral Penal¹¹³

TÍTULO III REPARACIÓN INTEGRAL

CAPÍTULO ÚNICO REPARACIÓN INTEGRAL

Artículo 77.- Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicarán en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

Artículo 145.- Homicidio culposo.- La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Con la misma pena será sancionado el funcionario público que, inobservando el deber objetivo de cuidado, haya otorgado permisos,

¹¹³ Código Orgánico Integral Penal

licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles que hubieren perecido, y que como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte de una o más personas.

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

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

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

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

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

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

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en el Art. 3 el Derecho a la Vida, a la libertad y a la seguridad de todo ciudadano.

Con todo esto presente la mala práctica profesional médica debe ser vista como un delito independiente, presentándose como una insuficiencia jurídica dentro de nuestro Código Orgánico Integral penal en su art. 146, incluyéndolo como homicidio culposo sabiendo que para llegar a este tipo penal es necesario que existan circunstancias que puedan generarlo hasta incluso, llegar a la muerte, pero donde queda, la producción de una incapacidad física o mental generada por una mala intervención médica que no solo se afecta el bien jurídico más grande que es la vida, también se está afectando a la integridad física y psicológica de los familiares, además si nada se hace ahora, las demandas van a seguir creciendo y no se va a poder resolver de una manera eficaz, ya que al no haber un tipo legal específico, sin que lo confundan con otro tipo penal, los Tribunales de Justicia no saben cómo resolver dejando en la impunidad a las personas que han ido en contra de los bienes jurídicos que protege la Constitución.

8. CONCLUSIONES

Una vez finalizado el presente trabajo de investigación jurídica, puedo concluir lo siguiente:

PRIMERA: Que los derechos fundamentales, como el derecho a la salud y a la vida, la integridad personal principalmente viene siendo sistemáticamente vulnerada por la falta de penalización de esta conducta por hoy típica, ilícita y antijurídica.

SEGUNDA: Que todas las persona conozcan sobre la existencia y la gravedad del mal ejercicio médico y los derechos que son vulnerados con este hecho ilícito.

TERCERA: Que efectivamente en nuestro Código Orgánico Integral Penal no se encuentra tipificado y menos penalizado y que por tal razón en la mayor parte de los casos denunciados ante las autoridades correspondientes, no ha sido factible poder sancionar a los presuntos responsables.

CUARTA: En la actualidad, cuando se incurre en mala práctica médica la sanción no es de carácter penal sino de carácter administrativa por un lado y civil por otro, nunca se llega a la imputación de una pena al médico responsable, por no estar tipificado en el Código Orgánico Integral Penal.

QUINTA: Es necesario que el Estado por medio de la asamblea nacional penalice aquellas conductas o comportamientos que lesionan gravemente los derechos y garantías estipuladas en nuestra Constitución de la República del Ecuador, creando una reforma colocando como un delito independiente a la mala práctica profesional médica con el fin de disminuir la tensión social generada por la limitación jurídica del art.146 del Código Orgánico Integral ya que es deber del Estado la protección de los bienes jurídicos de sus ciudadanos principalmente aquellos considerados como fundamentales.

9. RECOMENDACIONES

Al culminar la presente investigación jurídica, puedo recomendar lo siguiente:

PRIMERA: Que en nuestro país se realice un debate incluyendo reformas legales que tipifique y penalice dentro del Código Orgánico Integral Penal, el delito de mala práctica profesional médica, ya que solo así se podrá sancionar a todas las personas que se encuentren involucradas en este tipo de delitos.

SEGUNDA: Es recomendable identificar las diferentes circunstancias y elementos que conllevan a la realización de la mala práctica médica, con la finalidad de establecer, en qué circunstancias se actuó con culpa, y, en qué circunstancias con dolo.

TERCERA: El Estado debe contar con un mecanismo de evaluación rígido, para todos los profesionales de la salud, capacitando de mejor manera a los médicos debiendo rendir exámenes y pruebas, sobre su aprendizaje, técnicas y sobre todo actualización de conocimientos en medicina existiendo un mayor control, siendo un requisito fundamental para renovar sus permisos de funcionamiento, con el fin de mejorar la atención a los pacientes, en los diferentes centros de salud, públicos y privado

CUARTA: Dar a conocer, los tipos de responsabilidades que conlleva el actuar médico, además que sepan reconocer cuando estarían frente a un acto de negligencia, imprudencia, con sus respectivas causas de acción u omisión, teniendo en cuenta el procedimiento del consentimiento informado.

QUINTA: Mejorar y garantizar una atención médica adecuada, implementado los centros de salud con los equipos suficientes y el personal necesario capacitado, con el fin de dar un servicio de calidad.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

H. ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

El pleno:

Considerando:

QUE, tanto la Constitución de la República del Ecuador como el código orgánico de la salud, reconocen la vida y la integridad personal como derechos humanos fundamentales, los cuales deben ser debidamente protegidos y tutelados;

QUE, en nuestro país los casos de mala práctica médica se han incrementado, sin que exista una debida tipificación y sanción en el Código Orgánico Integral Penal para los profesionales de la salud que ocasionen lesiones o incluso la muerte en el ejercicio de su profesión;

QUE, es deber de la Asamblea Nacional legislar acerca de esta materia, para de esta forma, brindar una efectiva protección y tutela a los derechos humanos y no dejar en la impunidad actos de esta índole;

En uso de sus facultades constitucionales y legales conferidas por el numeral 6 del artículo 120 de la actual Constitución, expide la presente;

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. Innumerado 1.- Refórmese el Artículo 146 por el siguiente que dirá:

Artículo 146.- Mala Práctica Profesional Médica.- El profesional de la salud, que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, por negligencia, impericia, inobservancia de la ley, imprudencia, y dolo, ocasione incapacidad física, mental de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

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

Será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a diez años si produjera la muerte de otra, por negligencia, imprudencia, impericia y dolo si se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, con la destitución de su ejercicio profesional,

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado se deberá contar previamente con el dictamen, informe técnico o pericia forense especializada, y concurrir lo siguiente:

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

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

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

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

Disposición Transitoria Única.-

El Ministerio de Salud coordinará con la Autoridad Sanitaria y con la Dirección Nacional de Rehabilitación, Oficina Técnica de Control, Coordinación, Seguimiento, medidas para rehabilitar tanto a médicos, paramédicos, enfermeros y anestelistas para reintegrarlos a sus cargos, en los casos en que la pena no sea justamente la imposibilidad de ejercerlos.

Art.2.-La presente ley entrará en vigencia a partir de su promulgación y publicación en el registro oficial.

Es dado en la sala de sesiones de LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR en la ciudad de San Francisco de Quito a los días del mes de de 2015.

Presidente/a

Secretario/a

10. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador, Legislación codificada, Corporación de Estudios y Corporaciones, Quito, 2009.
- Código Civil Ecuatoriano Ediciones Legales, Ecuador 2014
- Código Orgánico Integral Penal, Ediciones Legales, Ecuador 2014.
- **CODIGO DE LA SALUD**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2009.
- LEY DE FEDERACIÓN MEDICA ECUATORIANA, Ediciones Legales, Quito, Ecuador, 2008.
- Ley de Derechos y Amparo del Paciente Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Jurisprudencia Especializada Constitucional. Corporación de estudios y Publicaciones. Tomo II. Quito. 2006.
- MENDOZA Quispe, Carlos, De los deberes, restricciones y responsabilidades a la salud de terceros, séptima edición,

- LORENZETTI, R., Responsabilidad civil de los médicos, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1986: 347.
- ROJAS, N., Responsabilidad médica, In: Medicina Legal, Buenos Aires, El Ateneo, 1966: 475-487
- MEDICINA LEGAL, Dr. JORENT, Profesor de Medicina Legal, Universidad Autónoma de Barcelona. Editorial ANCORA.
- GRACIA GONZÁLEZ SUSANA Y LABORDA CALVO EUGENIO. Responsabilidad legal profesional. Tomo XX. Deiskill sa. Buenos aires. Pág. 193.
- EI MEDICO Y LA LEY, Mala Práctica Médica Responsabilidad Civil y Penal en la Legislación Ecuatoriana. Dr. Carlos Pazmiño Pinos.
- CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. TOMO V. 25 EDICIÓN. ARGENTINA 1997.
- O'Donnel, Daniel, *Protección internacional de los derechos Humanos*, Lima, Ed.Comisión Andina de Juristas, , 2da. Edición, 1982.
- MEINCKE, María José.- La mala praxis médica.- Relaciones entre ética, derecho y medicina.- Consecuencias penales e imputación

objetiva.- Ediciones AD-HOC, Buenos Aires, 2001. Argentina. Pág. 11

- YEPEZ, Sergio. Responsabilidad Civil Médica. Bogotá Colombia. 2007.

LINKOGRAFÍA

- <http://www.ciencias penales.org/REVISTA % 2013/ ibanez13.htm>
- www.derechoecuador.com
- <http://www.monografias.com/trabajos62/mala-praxis/mala-praxis.shtml#ixzz2ysamY8hu>
- <http://www.monografias.com/trabajos93/responsabilidad-social-y-etica-medico/responsabilidad-social-y-etica-medico2.shtml#ixzz2ysaisowl>
- <http://www.aeds.org/respcivi.htm>
- <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/>

11. ANEXOS

ANEXO 1

1. TEMA

Necesidad de Reformar el Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de establecer la tipificación y penalización de la Mala Práctica Profesional Médica.

2. PROBLEMÁTICA

Para nadie es ajeno que en el Ecuador existen casos de mala práctica médica, lo cuales han ido en incremento y que la responsabilidad del médico debe considerar muchas variantes, ya que se puede analizar penal y civilmente, así como extracontractual y contractualmente.

Pero así mismo vemos a familias afectadas, y a profesionales de la salud que quedan impunes los cuales ante la falta claridad en el Código Orgánico Integral Penal, no recibieron una sanción acorde a la gravedad de los hechos después de atentar contra la vida e integridad de las personas. Nadie pide que sean infalibles, eso sería poco realista, pero se debe establecer responsabilidades cuando existen casos graves y comprobados de mala práctica profesional.

Surge por esto la necesidad de dar respuesta jurídica a esta nueva realidad, buscando la mejor manera de equilibrar los intereses de protección al paciente afectado por una mala atención médica.

La deficiente interpretación en materia civil y penal en los casos de mala práctica médica con respecto a la responsabilidad y solicitud de pruebas en los procesos judiciales, por parte de las autoridades legislativas ocasionan el incremento de dificultades, para determinar cuál es la mejor manera de sancionar el accionar Médico.

3. JUSTIFICACIÓN

Institucional

La investigación **contribuirá y beneficiará** con la misión y visión de la Universidad Nacional de Loja acorde con lo establecido, en los reglamentos del régimen académico de la U.N.L, art. 135, por lo que se enmarca dentro de la estructura y coherencia, por lo que se considera susceptible de aprobación.

Jurídico

La investigación tiene interés porque permitirá percibir la forma en que se desarrolla el proceso de cumplimiento y mejoramiento para la debida acción legislativa y la debida forma de sancionar la mala práctica médica, sus fases y los posibles errores que pueden darse en dicho proceso.

El trabajo de investigación tiene **importancia** se pretenderá dar a conocer un óptimo conocimiento y una ley que modifique el Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, permitiéndonos agregar un inciso, con el fin que se pueda dar una mejor solución en cuanto a una sanción justa, lo cual dará lugar a mejoras notables en las relaciones entre la familia, la sociedad y el Estado, lo que a su vez se transmitirá hacia los públicos externos.

Personal o Social

El trabajo investigativo tiene **utilidad** porque pretende establecer un adecuado manejo del aspecto legal, jurídico y de transformación social en el accionar diario de cada grupo familiar. Además se utilizará bibliografía actualizada y especializada para el tema. Teniendo utilidad práctica porque se planteará una alternativa de solución al problema investigado y a las diferentes personas de que han sido afectados por una mala práctica médica.

Además existe **factibilidad** de realizar la investigación porque se dispone de bibliografía suficiente, recursos tecnológicos y económicos necesarios, conocimientos y experiencia sobre el tema a investigar, acceso a la información.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

- ✓ Realizar un estudio crítico, jurídico, y Doctrinario del Código Orgánico Integral Penal en lo referente a la Responsabilidad Profesional en el ejercicio Médico

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un análisis Comparativo - Jurídico a los aspectos legales tanto en el Código Orgánico Integral Penal y Código Civil en las sanciones establecidas referente a la mala práctica médica.
- Demostrar, que existen casos de mala práctica médica en el Ecuador que se han quedado en la impunidad.

5. HIPÓTESIS

Nuestra legislación Penal ecuatoriana, no establece, tipifica, sanciona y penaliza, de forma clara, en el Código Orgánico Integral Penal, la Mala práctica Profesional médica, permitiendo que este tipo de delito quede en la impunidad.

6. MARCO TEÓRICO

Se establecerán los fundamentos teóricos y científicos, esenciales y complementarios referentes a la temática investigativa; es decir información pre científica, empírica, teórica y científica para la elaboración y ejecución del plan de tesis cuyo tema es **Necesidad de Reformar el Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de establecer la tipificación y penalización de la Mala Práctica Profesional Médica.**

Durante esta investigación se tomó como referencia a personas que han sido afectadas por situaciones de Mala práctica médica en del cantón Ambato y que por desconocimiento de las sanciones del código civil y penal en la legislación ecuatoriana no han podido realizar las respectivas denuncias, dejando en claro el problema para establecer la inestabilidad judicial e inestabilidad de indisciplina y orden en las leyes vigentes del estado Ecuatoriano.

Siendo de protección y garantía primordial la salud, como también lo son la vida y la integridad de las personas, resulta imperdonable que nuestra normativa solamente brinde la posibilidad de la acción civil para reclamar los daños y perjuicios, daño moral, lucro cesante, etc., originados por mala práctica médica, pero que, sin embargo, no se ha tipificado la sanción que merecen los profesionales de la salud en caso de infracciones durante el ejercicio de sus actividades en el ámbito penal.

Las leyes ecuatorianas han establecido una sanción para los actos delictivos con una privación a la libertad, pero aquellos actos que no están tipificados como delitos quedan en la impunidad es como el ejemplo de la mala práctica médica, que la sanción se establece con la indemnización del daño causado, por lo que queremos establecer una sanción justa penalmente con el fin que no quede impune como ayuda también a una mejor solución.

7. METODOLOGÍA

En este proyecto es necesario que se utilice distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, las formas o medios que permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos, llegando a la conclusión que el método científico es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva y subjetiva, es necesario que se apoye al método científico ya que se podrá solucionar así este problema, pero existiendo así también los siguientes:

Método Inductivo.-

Es un proceso que parte del estudio de casos o hechos singulares para llegar a principios generales, lo que implica pasar de un nivel de observación y experimentación a un sustento científico de categoría, o sea a la formulación de leyes o teorías.

Método Deductivo.-

Parte de un principio general ya conocido para inferir en el consecuencias particulares, expresado de una forma más sencilla, la deducción consiste en partir de una teoría general para explicar hechos o fenómenos particulares.

Método Analítico.-

Permite separar las partes del todo para someterlas a un estudio independiente; posibilita estudiar partes separadas de éste, poner al descubierto las relaciones comunes a todas las partes y, de este modo, captar las particularidades, en la génesis y desarrollo del objeto.

El método analítico me permitirá estudiar el problema enfocándome desde el punto de vista, social, cultural, jurídico, político y económico con la finalidad de analizar cuál es su efecto a la sociedad.

Esta investigación será de carácter documental, bibliográfico y de campo principalmente, con el fin de conocer en que es lo que está fallando las leyes para permitir estos casos.

Enfoque

El trabajo investigativo se sustentará en el paradigma crítico-propositivo con el enfoque cuanti-cualitativo, ya que nos permite establecer una medida para contrarrestar el problema que presentan las familias afectadas en situaciones de mala práctica médica y la falta de exigencia profesional del médico en su responsabilidad civil y penal ; de igual forma se centrará en el enfoque cualitativo, puesto que se recopilará información numérica y estadística; porque estos resultados estadísticos serán sometidos a análisis e interpretaciones de carácter crítico.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

1.- Análisis de los resultados estadísticos, destacando tendencias o relaciones fundamentales de acuerdo con los objetivos e hipótesis.

2.- Antes de concluir con este estudio, es de vital importancia analizar las encuestas realizadas a una muestra a quince personas afectadas y cinco Abogados de profesión acerca de la Mala Práctica Médica.

3.- Se realizara una encuesta.

Se las realizará cuando el proyecto esté concluido.

POBLACIÓN Y MUESTRA

Se realizará con el fin de obtener los datos e información necesaria para la realización del presente perfil procederemos a determinar el tamaño de la muestra a la que se aplicó la encuesta previamente diseñada, para esto tomamos como población a personas afectadas por causa de negligencia, impericia e imprudencia por malos profesionales de la salud, y a los abogados que han tomado este caso en sus manos. De esta manera la información será confiable y será válida mediante la tabulación de datos.

Resultados

Los resultados de la investigación se recopilarán durante mi proyecto la cual será expuesto y tomados en cuenta en mi informe final, la cual también tendrá una recopilación bibliográfica de todas las leyes que existas y se necesite cambiar. Los resultados dentro de este tema será cual es la solución para acabar con la deficiente aplicación de las leyes, y tomar la mejor solución o crear una ley que regule la mala práctica médica en el Ecuador.

Conclusiones.

Recomendaciones

Bibliografía

Anexos

8. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES Y TIEMPOS						
TIEMPO DE ACTIVIDADES	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
1) Tutoría Explicación y orientación del proyecto	X X X					
2) Elaboración de la Matriz Problemática		X X X				
3) Selección y formulación del problema; indagación científica, problematización, justificación, objetivos, hipótesis y marco teórico: biblioteca, Internet, revistas		X X				
4) Recopilación de Revisión de Literatura		X X	X X			
5) Elaboración del Proyecto de Investigación		X X	X X X			
6) Acopio científico de la información bibliográfica			X X			
7) Acopio empírico de la investigación de campo						
8) Elaboración de encuesta						
9) Aplicación de encuesta						
10) Presentación, interpretación, análisis y confrontación de los resultados de la investigación						
11) Verificación de objetivos e hipótesis y concreción de las conclusiones, recomendaciones y propuesta						
12) Redacción del informe final						
13) Socialización, presentación y evaluación de los informes finales.						

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Población Investigada: Casos de la mala práctica médica

Recursos Materiales:

Material de Escritorio	250
Bibliografía Especializada	100
Contratación de servicios de Internet	350
Transporte y movilización	150
Reproducción del Informe Final de la investigación	200
Imprevistos	300

TOTAL	1350

El total de gastos asciende a la suma de Mil trescientos Dólares Americanos, que serán financiados con recursos propios del autor.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador, Legislación codificada, Corporación de Estudios y Corporaciones, Quito, 2009.

- LORENZETTI, R., Responsabilidad civil de los médicos, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1986: 347.

- ROJAS, N., Responsabilidad médica, In: Medicina Legal, Buenos Aires, El Ateneo, 1966: 475-487

- MEDICINA LEGAL, Dr. JORENT, Profesor de Medicina Legal, Universidad Autónoma de Barcelona. Editorial ANCORA.

- **CODIGO DE LA SALUD**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2009.

- GRACIA GONZÁLEZ SUSANA Y LABORDA CALVO EUGENIO. Responsabilidad legal profesional. Tomo XX. Deiskill sa. Buenos aires. Pág 193.

- LEY DE FEDERACIÓN MEDICA ECUATORIANA, Ediciones Legales, Quito, Ecuador, 2008.

ANEXO 2

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO
FORMULARIO DE PREGUNTAS

Estimado Sr. / Sra.

Por encontrarme realizando el presente proyecto investigativo, acudo a usted, con la finalidad de solicitarle, se sirva dar contestación a las interrogantes que presento a continuación, la información obtenida, servirá únicamente para el desarrollo del estudio en cuestión. Desde ya, le expreso mi sincera muestra de agradecimiento.

CUESTIONARIO

1. ¿En alguna ocasión, dentro de su ámbito social, familiar, o profesional, ha escuchado o conocido sobre algún caso de mala práctica médica que ha quedado impune?

Si ()

No ()

2. ¿Considera usted que las responsabilidades generadas, por la mala práctica médica, se encuentran reguladas actualmente en las leyes ecuatorianas?

Si ()

No ()

3. ¿Cómo considera usted a la mala práctica médica realizada por un Profesional de la salud?

Un accidente ()

Un delito. ()

Un acto de imprudencia o impericia. ()

4. ¿Cree usted que la falta de tipicidad, de la mala práctica profesional médica, viola el principio de seguridad jurídica de las personas?

Si ()

No ()

5. ¿ Cree usted que la mala práctica médica realizada por un profesional de la salud que ocasiona lesiones graves a la vida y la integridad física de las personas es un delito que debe ser sancionado y penado por la ley.?

Si ()

No ()

6. ¿Cree usted que al no ser considerados responsables penalmente los Profesionales de la salud que cometen mala práctica médica con sus pacientes estos actos quedan en la impunidad?

Si ()

No ()

7. ¿Cree usted que el estado debe tener responsabilidad solidaria, respecto a la mala práctica profesional médica, que genere daños a terceros?

Si ()

No ()

8. ¿Está de acuerdo en que organizaciones privadas de la salud, y el estado, por medio de la función judicial, brinden asesoría, y representación legal, a las víctimas de prácticas médicas erróneas, y dolosas?

Si ()

No ()

9. ¿Sería pertinente en que el ejercicio profesional de la medicina, sea evaluado periódicamente, por parte del estado, para garantizar, que los servicios médicos sean de excelente calidad?

Si ()

No ()

10. ¿Considera pertinente, que se plantee una reforma jurídica que tipifique y sancione la mala práctica profesional médica ya sea esta por negligencia, impericia, imprudencia o cualquier otra causa de intervención en su desempeño se estableciere que ha causado la muerte, lesión permanente, invalidez, estado de coma o vegetativo y cualquier forma de incapacidad física o mental.?

Si ()

No ()

Estoy seguro que sus criterios serán muy fructíferos en mi investigación, agradezco su gentileza.

ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
a. TÍTULO	1
b. RESUMEN	2
ABSTRACT	4
c. INTRODUCCIÓN	6
d. REVISIÓN DE LITERATURA	9
e. MATERIALES Y MÉTODOS	95
f. RESULTADOS	97
g. DISCUSIÓN	122
h. CONCLUSIONES	137
i. RECOMENDACIONES	139
PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA	141
j. BIBLIOGRAFÍA	144
k. ANEXOS	147
ÍNDICE	163