

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Responsabilidad penal en casos de mala práctica médica

Carol Gabriela Gavilanes Játiva

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado.

Quito, 1 de junio del 2011.

©Derechos de autor
Carol Gabriela Gavilanes Játiva
2011

Resumen

El objetivo de este documento es demostrar la necesidad de creación de una normativa específica que cubra todo lo relacionado a la práctica médica ya que para tener derecho a un reclamo, es necesario en primer lugar identificar al autor del daño, seguido por la presencia del daño objetivo. 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 jurídico 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 Penal, pero no tratándola como un delito independiente, creando un gran vacío legal al momento de resolver estas actuaciones.

Abstract

This document intends to demonstrate the need to create specific rules to cover everything related to medical practice and that to qualify for a claim, it is necessary first to identify the perpetrator, followed by the presence of damage objective. In medical malpractice is very difficult to achieve success in a legal claim because of the lack of specific treatment in cases of medical malpractice in the Ecuadorian legal system. Because of this, the victims don't want to seek justice. Causes the victim of this act does not require justice. In criminal cases, fraudulent medical practice has been typecast as another type of crime, creating a huge loophole when deciding the resolution of these actions.

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	7
NOCIONES GENERALES	7
1.1. Antecedentes de la mala práctica médica	7
1.2. Concepto de mala práctica médica.....	12
1.3. Debate en torno a la mala práctica médica	13
1.4. Doctrina nacional e internacional sobre la mala práctica médica	15
1.5. Mala práctica médica como delito.....	18
CAPÍTULO II	26
SUJETOS Y ELEMENTOS EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA	26
2.1. Sujeto activo	26
2.2. Sujeto pasivo	34
2.3. Relaciones médico paciente.....	35
2.4. Responsabilidad	38
2.5. Elementos.....	41
DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MALA	
PRÁCTICA MÉDICA	60
3.1. Ecuador.....	60
3.1.1. Federación Médica Ecuatoriana	61
3.2. Chile.....	61
3.3. España.....	63

3.4. Argentina	64
3.5. Asociación médica mundial.....	66
CAPÍTULO IV	69
LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA..	69
4.1. Marco jurídico	69
4.2. Deliberada mala práctica médica	73
4.3. Abandono del paciente	75
4.4. Médicos con licencia inhabilitada	76
4.5. Errores profesionales	77
CAPÍTULO V	79
INVESTIGACIÓN DE CAMPO	79
5.1. Diseño de la investigación.....	79
5.2. Población y muestra	81
5.3. Encuestas	83
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	98
BIBLIOGRAFÍA	100
ANEXOS.....	95

INTRODUCCIÓN

*“Médico, en cuanto a las enfermedades ten
por costumbre lo siguiente: ayudar, o por lo
menos, no hacer más daño”*

Hipócrates

Nuestra Constitución Política señala que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la salud así como también manifiesta que la prestación de 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; de la misma manera establece la responsabilidad 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; a pesar que en la Constitución se encuentra anotado todo esto, es sorprendente que en nuestro Código Penal, no encontremos el término mala práctica médica, siendo la mala actuación de muchos profesionales de la salud; esta actuación por parte de los profesionales de la salud muchas veces han vulnerado los deberes y principios que consagran la Constitución, quedando la víctima sin poder reclamar ante la justicia ya que incluso se ha llegado a confundir a la mala praxis con otros delitos como el homicidio penal o las lesiones.

La mala práctica médica básicamente es una suma de actos que realizados por profesionales de salud y cuyas consecuencias son las lesiones en las personas e incluso, la muerte del paciente, a pesar de que en nuestro sistema no está prevista esta

actuación, en el Derecho Comparado si existen legislaciones que regulan estas actuaciones como se verá más adelante en esta investigación, definiendo a la tarea de los médicos como lesiva en contra del bien jurídico salud.

La justicia en el caso de la mala praxis médica, al no haber un tipo penal específico que abarque este tema, ha visto este delito como un homicidio inintencional, o en ciertos casos, se ha visto como un delito de lesiones, lo que claramente contradice los avances del Derecho Penal que tienden a tipificar los actos de forma tal que no se creen falencias y vacíos en las normas. Así mismo, una Jurisprudencia del 2001 de la Gaceta Judicial del Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1367, menciona y califica a la negligencia médica como un homicidio inintencional.

Todo error médico debe ser sancionado ya que no se puede dejar en impunidad a las personas que han obrado en contra de los bienes jurídicos protegidos, en este caso siendo la vida, y por lo tanto, se debe determinar el grado de responsabilidad del médico que intervino al momento en que se produjo la falla médica. Es necesario actualizar las normas penales con el fin de lograr sanciones efectivas, dejando a un lado las normas que se han extinguido por el paso del tiempo, y creando nuevas que cumplan con los requisitos de estos tiempos.

La necesidad de la creación de un delito específico es necesaria, ya que se debe proteger al ser humano en todo sentido, y al no haber una norma específica, el afectado no tiene una protección judicial, además que no se le puede dar un trato similar al médico que a una persona común. Es necesario recordar que el médico ha sido preparado por muchos años para que ejerza su profesión, por tal razón, se deben ver estas actuaciones con mucha precaución y determinar por qué razón realizó una mala práctica médica.

Con la finalidad de llevar a cabo un estudio adecuado respecto de la situación médico jurídica en el Ecuador y la necesidad de que esta sea administrada con intervención del sector estatal en coordinación con acciones privadas, se ha detectado, ampliado y lo que es más importante, profundizado en los diferentes enfoques e

ideologías, teorías, conceptualizaciones y criterios de los tratadistas jurídicos más importantes en el estrato nacional e internacional respecto del tema en análisis.

Por estas razones he considerado necesario realizar esta Tesis, señalando la necesidad de que la mala praxis sea tipificada como un delito independiente, tratándola, penalmente, independientemente al delito de homicidio inintencional y a los delitos de lesiones, así los responsables de este delito deben sufrir las consecuencias jurídicas de sus actos profesionales. Se busca elaborar y desarrollar una propuesta de crear un nuevo esquema de control que sustente su efectividad en la práctica médica eficiente y adecuada y con apego siempre a las políticas, programas, métodos, técnicas y recursos con que cuenta el sistema jurídico ecuatoriano, a fin de que tal factor conlleve a solucionar las dificultades existentes en la actualidad y su incidencia en la sociedad.

A tal efecto, se establece un sustento regentado por el empleo de una extensa gama de documentación que se encuentra archivada en las diferentes bibliotecas de la ciudad de Quito, libros, revistas, periódicos e internet.

En el presente trabajo se analizará a la mala práctica médica, ya sea por culpa o por dolo concluyendo en la necesidad de tipificarla como delito independiente para que no existan lagunas legales.

En el Capítulo I, observaremos las nociones generales de la mala práctica médica, con el fin de demostrar que existen antecedentes de dolo en la mala práctica médica, desde las antiguas civilizaciones hasta la época contemporánea, observaremos que tipo de sanción se otorgaba a aquellas personas que realizaban una mala práctica médica. Se analizará los antecedentes de la mala práctica médica, dando un vistazo a las civilizaciones antiguas, en donde encontramos al Código de Hammurabi. Así mismo, encontramos que en Egipto y Grecia veremos que los que fijaban las reglas sobre el arte de curar eran unos colegios secretos. Por otro lado, en Roma se fijó la *Lex Artis* que consisten en las reglas y pautas que deben seguirse para sancionar a los errores médicos. En la Época Moderna encontraremos un famoso caso de un parto distócico, en donde la persona responsable tuvo que responder al obrar de manera imprudente. Más

adelante veremos que en la Época Contemporánea los casos de demandas han aumentado, además encontramos casos de mala práctica médica en el Ecuador.

Así mismo, en este mismo Capítulo se dará un breve concepto de la mala práctica médica además también se explicará cuál es el propósito del médico dentro de su profesión. Igualmente se verá el debate que ha creado en este tema, ya que incluso muchos médicos, al haber tantos casos y demandas de mala práctica médica, han decidido optar por prácticas menos riesgosas con el fin de no caer en el cometimiento de este delito. De igual forma se verá cuál es la situación que tiene el jurista cuando existe un caso de mala práctica médica, ya que este tipo de problemas han tenido varias formas de tratamientos dentro de los tribunales del país, observaremos que estipula la Constitución Política acerca del tema de Salud en el Ecuador y que principios rigen en la carta Magna y en la Ley Orgánica de Salud.

De la misma manera se explicará brevemente que posición mantiene la doctrina nacional e internacional en este tema, y que tan conveniente es determinar la mala práctica médica como un delito independiente, ya que se deben tomar en cuenta los distintos bienes jurídicos afectados en la mala práctica médica, los cuales son vida, integridad física y psicológica, dignidad, economía personal. Se hará una distinción entre la mala práctica médica y el delito inintencional, enfocándonos básicamente en que son diferentes figuras.

Es importante conocer quiénes son los actores de una acción que se quiera demandar, por lo tanto en el Segundo Capítulo se señalará quienes son los sujetos dentro de esta relación médico paciente. Así por ejemplo tenemos al Sujeto Activo que es quien responde ante la justicia como autor del delito. Se estudiarán cuales son los derechos y obligaciones que tiene el sujeto activo en esta relación ya que la medicina, al ser una profesión de suma importancia para todos, es importante que los médicos cumplan con ciertos deberes para que así nos brinden un trabajo de mejor calidad.

No está de más mencionar que el profesional de la Salud, al momento de aceptar la Declaración de Ginebra, deberá cumplir con todos los deberes estipulados en esta

declaración. De la misma manera analizaremos los deberes que tiene el sujeto activo entre los cuales encontramos al deber del médico relativo a la información, el deber de secreto profesional, el deber del requerir el consentimiento informado del paciente, el deber de dar asistencia médica, el deber de una actuación diligente, entre otros.

Del mismo modo, revisaremos al sujeto pasivo que es aquel individuo titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Además, hay que mencionar, que el paciente tiene derechos y también obligaciones dentro de esta relación médico-paciente.

Una vez analizados los sujetos que existen y sus deberes y obligaciones, daremos un vistazo a los tipos de responsabilidades que se derivan de esta situación. También se explicarán los elementos que configuran la mala práctica médica, es decir, se explicarán los diversos tipos de elementos que encontramos en una mala práctica médica, ya sea por culpa, por imprudencia, por negligencia, por inobservancia de la ley, o por dolo, ya que es necesario conocer estos elementos para tomar en cuenta en la creación de la norma específica. Además se hará un breve análisis de la culpa consciente y del dolo eventual.

Al ser un tema de actualidad, es necesario explicar a la mala praxis dentro del Derecho Comparado, ya que es necesario conocer qué criterio tienen diferentes países que se pueden considerar más avanzados legalmente, es decir, que tienen un sistema legal más moderno que el que encontramos en Ecuador. Por tal razón es de suma importancia el tercer capítulo. Dentro de este título, se analizará las legislaciones y una jurisprudencia Argentina en donde se demuestra que este tema ya está avanzado en este país del sur, ya que constan con Jurisprudencia para saber cómo proceder en ciertas ocasiones cuando la norma no prevé. Así veremos qué cuerpo normativo regula a los profesionales de la Salud en el Ecuador; además veremos la función de la Federación Médica Ecuatoriana, y que trabajo realiza al momento de encontrarse con un caso de mala praxis. Analizaremos las diferentes formas de control que existe en Chile, junto a sus cuerpos normativos que regulan las diferentes funciones de los médicos, y las sanciones que se dan al momento de infringir una de las prácticas estipuladas en sus

cuerpos normativos. Veremos que en España, aunque es parte de la Unión Europea, en donde se tiene un sistema de seguridad social muy avanzado, existen casos de mala práctica médica, sin embargo se piensa que las personas que la demanda tienen fines distintos que ha encontrar la justicia. Examinaremos lo que dice la Asociación Médica Mundial acerca de la mala práctica médica, encontrando varias respuestas al porque del aumento de demandas por esta práctica, y por último una breve información acerca de las legislaciones de Colombia y Costa Rica sobre este tema.

En el Capítulo IV revisaremos a la mala práctica médica dentro de la legislación ecuatoriana. Con el fin de demostrar la carencia de un ordenamiento jurídico que recoja a la mala práctica médica en diferentes situaciones, hablaremos de los escasos cuerpos legales que recogen a esta práctica. Así mismo plantearemos diferentes aspectos en donde ocurre la mala práctica médica, ya sea deliberadamente, por error, o por ejercer la profesión sin una licencia que lo habilite.

Finalmente, en Capítulo V podemos encontrar las opiniones de diferentes abogados sobre la práctica médica. En este capítulo encontraremos punto a favor sobre la creación de un ordenamiento jurídico específico con el fin de evitar vacíos legales, sustentando la investigación sobre la creación de una norma que trate específicamente a la mala práctica médica.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1.1. Antecedentes de la mala práctica médica

En diferentes épocas y culturas del mundo, la medicina ha ido variando en cuanto a su enfoque y a su apreciación, por lo tanto, la responsabilidad de los médicos por sus errores debido a la falta de preparación en unos casos y al ejercicio doloso de la medicina en otros, ha dado paso para que actualmente se juzgue pero de manera muy diferente a la que forma en lo hacían las civilizaciones del pasado.

A tal efecto, cabe señalar que en el ámbito jurídico así como en la práctica misma de la medicina, la responsabilidad del médico ha sido aceptada en un sentido extremadamente relevante respecto de los resultados finales de su práctica, sin embargo de lo cual, el tratadista BENZO CANO admite la validez teórica del principio que determina una irresponsabilidad absoluta de los médicos en su actuar profesional.¹

¹ Cfr. E. BENZO CANO, *La responsabilidad profesional del médico*. Escelier, Madrid, 1994, p. 52

De manera particular a lo manifestado, es indispensable entrar a un estudio histórico de la mala práctica médica en las diferentes épocas de nuestra cultura, con la finalidad de configurar un análisis integral frente a la problemática planteada.

1.1.1. Civilizaciones antiguas

Aproximadamente en el año 1760 A.C., se creó el Código de Hammurabi, en donde se encuentra plasmada como una de sus principales instituciones, aquella por la cual se establecían reglas claras sobre la responsabilidad de los médicos en el ejercicio de sus actividades.

En este sentido, las penas impuestas para los infractores como consecuencia de presuntos errores profesionales, tenían un carácter basado en la extrema severidad, tal es así, que se contemplaban severos castigos como los siguientes: "...si un médico hace una grave herida a alguno con el cuchillo operatorio y lo mata [...] a tal médico le deberán cortar las manos".²

Ésta entre otras, constituían sanciones radicales para una acción derivada de la mala práctica profesional, en donde el médico no solo perdía sus manos al cometer esta infracción, sino que también debía remediar el daño resultante de la actividad profesional.

En la antigüedad, quien en el ejercicio de su profesión no cumplía con las reglas de la ética profesional y si cometía un error en cuanto a su profesión, era sancionado de manera severa.

Las sanciones referidas anteriormente para los casos de mala práctica médica se extendían también para el ejercicio profesional doloso, en donde, a diferencia de lo anterior, se tenían miramientos muy estrictos de los resultados emanados de la acción correspondiente.

² F. LARA, *Código de Hammurabi; estudio preliminar, traducción y comentarios*, Editorial Tecnos, Madrid 1986.

Así mismo, en Egipto y Grecia es posible encontrar que existían colegios secretos en donde se fijaban las reglas sobre el arte de curar³, para lo cual se estructuraron una amplia gama de disposiciones reglamentarias caracterizadas siempre por la severidad de sus sanciones, llegando a estipularse incluso la pena de muerte.

Un ejemplo de lo afirmado, sucedía en la época de Alejandro Magno, en donde el médico responsable del abandono de su paciente de manera culposa, era reprimido o condenado a la crucifixión.

Así mismo, en Roma se contaba con un cuerpo jurídico denominado *Lex Aquilia*⁴, mediante el cual se fijaron las sanciones en cuanto a la culpa de los médicos en razón de su práctica profesional.

En base de lo manifestado en los párrafos que anteceden, es posible señalar que la profesión médica a lo largo de la historia ha sido vista como una de las que mayor interés genera en el espectro social, ya que debido a la naturaleza de sus actividades se configuran vínculos muy significativos entre las personas que participan en la relación médico paciente.

De manera complementaria, es preciso establecer que en esta etapa de la organización social humana, es posible apreciar que los médicos mantenían una responsabilidad vinculante con el desarrollo de sus actos, sobre todo, aquellos contrarios a las reglas de su profesión médica, y que estas penas no eran una remuneración hacia la víctima o hacia la familia de la víctima, sino más bien, constituían un acto punitivo en contra del médico tratante por haber ocasionado un daño.

³ J. SOLANO PORRAS. *El seguro contra la responsabilidad civil del médico*. http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00151999000200006&script=sci_arttext, consultado el 21 de mayo, 2011.

⁴E. UGARTE. *Responsabilidad extracontractual*. <http://www.u-cursos.cl/derecho/2010/D122A0207/2/material.../292158>, consultado el 21 de mayo, 2011.

1.1.2. Época moderna

Respecto de lo que se considera como época moderna en la evolución de la sociedad humana, cabe indicar que las sanciones para los profesionales de la medicina que incurrían en actividades dolosas o culposas derivadas del ejercicio médico, guardaban una proporción mucho más notable frente a los resultados de los errores cometidos y se procuraba además resarcir el daño causado a la víctima, lo cual, consecuentemente deja la venganza de la justicia en un segundo plano.

En este sentido, es preciso destacar el caso del doctor Helie⁵, quien fue llamado a atender un parto distócico, encontrándose el brazo derecho del infante fuera de vulva, lo amputó sin intentar ninguna maniobra para corregir la posición del niño por nacer, al presentarse de inmediato el otro brazo en igual forma también procedió a amputarlo.

Una vez concluido el parto, el padre del recién nacido denunció al médico ante el Tribunal de Donfront, el mismo que previo dictamen de la Academia de Medicina, resolvió que el médico había actuado "...imprudentemente y con una precipitación increíble no habiendo intentado ninguna maniobra obstétrica ni llamado a consulta" y lo condenó a pagar una pensión vitalicia al menor.

El dictamen que dio la Academia de Medicina de París en 1825, anunciaba que los médicos sólo responderían de manera moral, y que nunca se comprometía su responsabilidad jurídica. Ya que si existía una responsabilidad por parte del médico, esta responsabilidad contradecía la nobleza y la dignidad del afán médico.

1.1.3. Época contemporánea

El avance de la responsabilidad médica se la puede ver aplicada en distintos procesos judiciales que se han seguido contra el médico. Así, en el Segundo Congreso Internacional sobre Ética médica que se realizó en mayo de 1966 en París, se indicó que

⁵ Cfr. H. SILVA SILVA. *Medicina legal y psiquiatría forense. Psiquiatría forense Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1995, pp. 587-588.

entre 1945 y 1965, que los médicos demandados han ido aumentando, así, en 1945 se demandaba a 5 de 1000, y en 1965 se aumentó a 20 de 1000⁶.

En países como Estados Unidos, las cifras en cuanto a las demandas y condenas a los médicos son incalculables.

En 1969, un senador presentó ante el Congreso un informe sobre la amenaza creciente de este delito. En este informe, cuyos datos se basan en información obtenida de la Asociación Médica Americana, de la Asociación de Hospitales Americanos, y del Departamento de Salud, Educación y Bienestar; se dieron los siguientes resultados:

- El número de demandas por mala práctica médica crece de manera impactante, especialmente en las zonas metropolitanas.
- El monto de la compensación crece de manera proporcional.
- Las primas por seguro para los médicos crecen en forma geométrica, y por esta razón muchas compañías de seguros ya no quieren continuar dando pólizas de seguros para protección contra las demandas de este tipo, debido a las elevadas pérdidas y a la imposibilidad de calcular tarifas adecuadas.
- La situación existente ha hecho que algunos médicos abandonen de manera definitiva su profesión.
- Cada vez se hace más difícil lograr que los nuevos médicos se dediquen a ramas que son riesgosas por naturaleza.

En América Latina, el número de litigios también ha crecido de manera considerable. En Argentina por ejemplo, de 1958 a 1978 se encontraron alrededor de 50 casos.

⁶ J. SOLANO PORRAS. *El seguro contra la responsabilidad civil del médico*. http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00151999000200006&script=sci_arttext, consultado el 21 de mayo, 2011.

Respecto de la mala práctica médica en el Ecuador, aunque ha habido algunos casos, se puso en primer plano con sonados casos como el de los doctores Cruz y Alpízar, en el cual amputaron la pierna de una señora que padecía várices⁷.

Otro caso importante es el del Doctor Bolaños, quien realizó la operación de meniscos en la pierna que no correspondía⁸.

A partir de estos casos en el Ecuador se crea un estado de alarma en el cuerpo médico nacional, ya que al ser publicitados, las personas se asustan al conocer que los médicos también comenten errores.

1.2. Concepto de mala práctica médica

MEINCKE hace la siguiente observación acerca de la perspectiva histórica de la medicina:

...[L]a atención de la salud basado en la caridad cristiana, la beneficencia pública con los pobres y el beneficio del bienestar público en aislar y controlar a los enfermos... en los inicios la medicina tenía escaso impacto frente a la naturaleza, tuvo la finalidad meramente paliativa, era un arte de cuidar, al aumentar su poderío, influenciada por las técnicas provenientes de los pueblos islámicos, se transformó en arte de curar, cuyo objetivo fue volver las cosas al estado de orden, roto por la enfermedad, esa finalidad curativa es la guía de actuación médica.⁹

Esta base aún se mantiene, la principal misión del médico es la preservación de salud de su paciente, busca combatir al principal enemigo común, que es la enfermedad.

El principal deber del médico es proteger “...la vida humana. Para caracterizar la vida del hombre se necesitan otros criterios más que los del electrocardiograma y del electroencefalograma”.¹⁰

No hay que olvidar que la labor de los médicos es una de las de mayor entrega y sacrificio, ya que como deber primordial tiene el cuidado del paciente.

⁷ Cfr. Íbidem.

⁸ Cfr. Íbidem.

⁹ M.J. MEINCKE, *La mala praxis médica. Relaciones entre ética, derecho y medicina. Consecuencias penales e imputación objetiva*, Ediciones AD-HOC, Buenos Aires, 2001, p.11

¹⁰ H. THIELICKE. *Ética Médica.*, Editorial PS, Covarrubias, Madrid.

El médico debe siempre actuar con total entrega ya que al haber falta de atención pueden surgir grandes complicaciones, además, cabe recalcar que es importante que los médicos proporcionen toda la atención debida ya que si existe alguna circunstancia externa al médico que compliquen la vida del paciente, el mismo no tendrá motivos por los cuales culpar al médico de las consecuencias que sobre él recaigan.

El galeno... [E]stá obligado a preservar al paciente de los riesgos de las enfermedades sólo en la medida que ello se corresponda con un buen estándar. Ningún médico está obligado a realizar semanalmente a sus pacientes revisiones generales.¹¹

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.¹²

1.3. Debate en torno a la mala práctica médica

Uno de los temas que ha estado en debate por mucho tiempo ha sido la responsabilidad del médico frente al paciente cuando se le debe explicar de manera clara la situación del estado de salud de su paciente.

Se busca que el paciente tenga un mejor comportamiento frente a la situación en la que esta. Este es uno de los deberes de profesionales de los médicos, en tal sentido el derecho del paciente es conocer sobre su verdadera situación, “nunca, bajo ninguna condición, deben decirse mentiras a los pacientes.

¹¹ M.J. MEINCKE. *La mala práctica...*, op. cit., p.77

¹² S. PÉREZ. *Mala práctica médica*. <http://www.enplenitud.com/nota.asp?articuloID=1080>, consultado el 12 de enero de 2011

Este es el medio más seguro para destruir la confianza y respeto mutuo, que pueden demostrar que es el caudal terapéutico más importante que posee el médico”¹³. Incluso después de la muerte, es responsabilidad del médico explicar con todo detalle a los familiares lo que ocurrió, y así mismo los motivos que produjeron la muerte del paciente.

Las consecuencias por el daño causado en virtud de la mala práctica médica, así como no prestar la oportuna atención médica, son calificadas por organismos internacionales, como la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, y la UNESCO, como hechos violatorios de los derechos humanos.

Muchos médicos, actualmente por el temor del SIDA, no prestan a sus pacientes el auxilio necesario cuando se trata de darles respiración boca a boca, lamentablemente esto pone una barrera entre médico paciente, creando un gran debate.

Acercas de a la forma en la cual el paciente debe cuidarse, son temas que se debaten en forma persistente, de hecho si el paciente no cumple con los cuidados adecuados, esto puede considerarse como una atenuante en la acción en general del médico, pero cuando el paciente a pesar de lo cuidados que se proporciona ha caído en un estado de completa indefensión y salud está más que quebrantada, esta práctica debe sancionarse de manera más rigurosa.

1.3.1. El jurista frente al cometimiento de este tipo de delito

Como ya hemos visto, la mala práctica médica ocurre cuando una persona sufre graves daños como puede ser la muerte, siendo el resultado de una mala conducta profesional, falla en la selección de tratamiento adecuado o falta de habilidad para prestar servicios médicos.

Cuando médicos, enfermeros u otros proveedores de cuidados y tratamiento de salud dejan de desempeñar sus funciones que se encuentren dentro del “patrón de

¹³ P.S. RHODAS. *Instructivos para el paciente con enfermedades terminales*. Ediciones de la Asociación Americana de Medicina. Número 192. p. 1695

cuidado” necesario, estos proveedores y los hospitales que los emplean puede ser considerados como legalmente responsables del resultado obtenido.

Los temas vinculados a los temas de mala práctica médica y a la documentación clínica han tenido varias formas de tratamiento dentro de los tribunales del país, ya que no existen criterios uniformes sobre este tema.

En el Ecuador lo relativo a los hospitales público, se permite la aplicación de normas y la intervención de jueces administrativos, civiles o penales; y, por otro lado, los hospitales privados, las nociones de funcionario y empleado público pierden toda notabilidad, salvo supuestos de intervención dispuesta por la autoridad pertinente.

El Estado ecuatoriano, junto a sus legisladores, ha tratado de que este tema no quede en el aire, redactando en la Constitución Política, un título que tiene que ver con el Derecho de la Salud. Así mismo, este tema tiene concordancia con la Ley Orgánica de Salud, que tiene como finalidad regular las acciones de los que trabajan dentro del sistema de la salud.

La Constitución y la Ley Orgánica de Salud están regidas por los principios de equidad, integralidad, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoques de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético.

La labor del jurista se concreta a la verificación de la mala práctica médica como resultado de una conducta culposa, pero caber la posibilidad de que el médico realice actos dolosos durante el ejercicio de su profesión.

La responsabilidad desde el punto de vista jurídico, es la obligación de reparar, resarcir o indemnizar el perjuicio causado por la trasgresión de una norma de conducta, es decir por incumplimiento de contrato.¹⁴

1.4 Doctrina nacional e internacional sobre la mala práctica médica

La definición sobre la mala práctica médica, brinda varios puntos, que tienen gran importancia, principalmente en la doctrina nacional e internacional se analiza la

¹⁴ E. HIGHTON, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2003, p.51.

pérdida de la ética en los procedimientos utilizados, como también las pésimas condiciones en la que viven ciertas poblaciones del mundo, en donde el trabajo del doctor se hace imposible de realizarlo con mayor tranquilidad.

Dentro de la doctrina internacional, para analizar los casos de mala práctica médica, el enfoque básicamente es sobre la relación causal¹⁵, cuya principal base es el estudio de la responsabilidad, pudiendo ser directa. Sin embargo, si se une algún factor extraño a ella, y se agravan las consecuencias, todo este particular es lo que en derecho conocemos como concausa.

Actualmente el Código Penal analiza las ideas de culpabilidad y de reprochabilidad para enfocar el principio rector en las normas penales del *nullum crimen sine lege*.

En este sentido, el tratadista RODRÍGUEZ JORDÁN, doctrinario de Argentina manifiesta que:

...[S]u alcance es personal, por ello las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de un delito.

Lo que la Ley Penal sanciona es el obrar humano, el obrar de quien muestra una disposición contraria al orden jurídico. Quien sea considerado penalmente responsable de una conducta punible debe haber intervenido en el hecho, ya sea como autor, coautor, partícipe, instigador, encubridor.¹⁶

Por tal razón, es culpable quien haya cometido el acto que sea sancionado por la ley, es decir, que no hay pena si no existe una ley previa que sancione el acto.

A pesar de que la gran parte de Códigos Penales de mundo no contemplan la concausa, se debe manifestar que esta se la emplea a favor del acusado, ya que sobre él pesa la responsabilidad, y obviamente se debe demostrar su inocencia ante los órganos de justicia.

Para la doctrina:

[N]o se puede establecer una relación entre la herida y la complicación. Si una lesión viene de una infección, que nada tiene que ver con la evolución normal

¹⁵ Cfr. V. MAGRO SERVET. *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, La Ley, Madrid, 2007, p. 63.

¹⁶ 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.160.

de la herida, esto atenúa la pena del agresor, en cambio cuando la infección es una fase normal de la evolución de la herida, no da lugar a la atenuación de la pena.¹⁷

La doctrina aborda de distintas formas las responsabilidades surgidas por el daño causado en ocasión de una práctica médica.

La importancia del médico entonces con los conocimientos profundos del Derecho lo llevan a constituirse en un factor determinante para el análisis de los casos en los que se presume si actuó con culpa o dolo, por esta razón existe la Medicina Legal en varios países, que permiten hacer peritajes acertados dentro de este tema para que no existan confusiones y conocer de que manera actuó el galeno.

Así mismo se debe considerar que el peritaje médico legal es uno de los principales mecanismos para encontrar de manera clara y precisa la responsabilidad del galeno frente a sus actos.

El peritaje del médico legal es una exigencia en los países que lo aplican, así ayuda a la justicia a resolver los conflictos, determinando que paso y quien fue responsable del hecho ocurrido.

El valor de los estudios médicos legales ésta determinado por la forma en la cual debe procederse, de forma particular se impulsa por la certeza, y que la verdad sea expuesta dentro de los informes, además de que se deba saber la forma en la que se debe explicar, de tal forma que la doctrina considera como fundamentales la verdad que es un problema científico y la manera en que se expone.

El médico en su labor trata de equilibrar su trabajo, obrando siempre apegado a la ética y a la moral, y también teniendo en cuenta los reglamentos que regulan su trabajo.

De él depende exponer la verdad a su paciente de tal manera que se entienda que se le ha dado todos los cuidados necesarios, y que en la recuperación depende del paciente mismo, o en su caso el médico debe hallar la forma de exponer el verdadero

¹⁷ A. VON RECKOW, *Notas de Medicina Legal*, Ediciones de la Universidad Central del Ecuador, Quito, 1998. pp.11-12

estado de salud a un paciente, y hacerle entender que puede tener mayores expectativas de vida, siempre y cuando se sigan con las instrucciones dadas.

1.5. Mala práctica médica como delito

La práctica médica ha sufrido muchos cambios, hoy en día, la práctica médica ha pasado a:

...[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.¹⁸

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 práctica médica nace en la relación entre médico y paciente. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en forma defectuosa o causar daños al enfermo. 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.

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.¹⁹

¹⁸ 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

¹⁹ P. SALTOS. *Mala práctica médica*. Revista Novedades Jurídica N.1. Ediciones Legales. Ecuador. 2004. p. 36.

Sin embargo existen autores, como GAFO que sostienen que cuando la Ley interfiere:

[E]s siempre peligroso [...] en la práctica médica. La Ley tiende a congelar el conocimiento en un punto determinado y esto puede ser a veces peligroso; por ello, lo mejor es que la Ley delimite un marco de actuación y dejar la realización de la práctica a los médicos implicados.²⁰

Se debe guardar cierta distancia entre el Derecho y la Medicina ya que se puede tornar muy limitante, y los médicos ya no cumplirían su labor con la libertad necesaria, se van a volver muy cuidadosos en los que hacen que inclusive podrían dejar de obrar de la manera correcta con tal de no recibir ningún tipo de sanción.

El Derecho y la Medicina son ciencias destinadas a cubrir necesidades del hombre, al ser dos ramas que afectan completamente a la sociedad, deben tener leyes que ligen a estas dos profesiones.

La negligencia médica podría definirse básicamente como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico y otro profesional, causándole daño a la salud o al buen estado del paciente.

El médico causa daños y perjuicios a través de sus errores, es decir, cuando el médico provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daños parcial o total, temporal o permanente, como consecuencias de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

Para que una actuación u omisión pueda transformarse en delito, es necesario recordar la teoría jurídica del delito. "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 J. GAFO. *Trasplantes de órgano: problemas técnicos, éticos, legales*. Ediciones de la Fundación Humanismo y democracia. Madrid. 1996. p.149

²¹ F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.205.

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 humano²².

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 antijuridicidad es el “acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho.”²³. Más adelante se hará un análisis de los bienes jurídicos afectados.

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.”²⁴

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, como veremos más adelante en el capítulo II.

²² J. SAINZ CANTERO. *Lecciones de derecho penal, parte general*, Bosch, Barcelona, 1990, pp.489-493.

²³ J. MACHICADO. *Apuntes jurídicos*. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-culpabilidad.html>, consultado el 21 de mayo del 2011.

²⁴ *Ibidem*.

1.5.1. Bienes jurídicos afectados

El paciente al acudir al médico tiene toda la necesidad de mantener una relación de confianza, ya que se está poniendo en manos del médico toda su integridad personal, y por tal razón, el galeno debe asumir con toda responsabilidad su ejercicio profesional.

No hay que olvidar que el médico tiene en sus manos la vida, la integridad, la dignidad y la economía personal de su paciente y se circunscriben integralmente a la calidad y eficacia con la cual desarrolle las actividades profesionales que le corresponde.

En este sentido, se generan una serie de factores conducentes todos ellos a determinar afectaciones o beneficios a determinados bienes jurídicos, los cuales por su importancia, requieren ser analizados.

En tal virtud, se plantea a continuación el siguiente estudio de los bienes jurídicos ligados con el ejercicio de la práctica profesional médica.

1.5.1.1. Vida

La vida humana constituye el bien fundamenta y esencial de la persona y de toda sociedad. La vida es el objeto tutelado por excelencia en el delito de la mala práctica médica.

En la Constitución vigente, podemos apreciar que la vida se consagra de manera absoluta, suponiendo su inviolabilidad sin excepción alguna. Protegiendo la vida desde su concepción, palabra que es muy debatida.

El deber fundamental que tiene el médico es el de cuidar la vida, y hacer lo posible por curar al que lo necesita, por esta razón es muy importante que el médico ejerza su trabajo a conciencia de que cualquier práctica irregular lo pueden traer consecuencias perjudiciales para él.

1.5.1.2. Integridad física y psicológica

La Constitución, además de la vida, también protege la integridad personal, es decir, se garantiza el respeto de la personalidad física y moral de la persona, respetando a y garantizando el cuerpo y mente sano de toda persona, que le permita una calidad de vida y un desenvolvimiento social normal.

El ser humano es íntegro, por lo que es muy importante que se proteja a la persona, permitiéndole al paciente desarrollarse de una manera independiente y con absoluta normalidad en la sociedad.

1.5.1.3. Dignidad

Dignidad puede ser entendida como el respeto que tiene la persona como tal. Por lo tanto, todo hecho que afecte la vida o la integridad de la persona, es una falta de respeto a la dignidad del mismo.

La dignidad del paciente no solo involucra la protección de manera legal, o la obligación del profesional de salvar este bien jurídico. Es necesario que se implemente una sanción directa al profesional de la salud que atenta contra los derechos humanos del paciente, es decir, debe garantizar la dignidad de su paciente, sin perjudicarlo.

1.5.1.4. Economía personal

Cuando se rompe la relación entre el médico y el paciente, la irresponsabilidad del profesional de la salud cae indudablemente sobre su paciente, ya que es el paciente quien debe afrontar todo tipo de problema ocasionado, o en el caso de una negligencia médica que produzca la muerte, quienes deben afrontar estos problemas es la familia del paciente, es decir, el galeno nunca va a tener que afrontar estas complicaciones.

Es injusto decir esto, sin embargo es muy cierto. Es injusto porque para empezar el médico es el responsable, de manera completa, no debe derivar en nadie más que en él mismo; además, hay que tener en cuenta que en la actualidad, la salud es

tan cara en el Ecuador, que enfermarse es un lujo, pues el tratamiento o la curación tiene un gasto muy significativo.

1.5.2. Objeto tutelado

Determinar el objeto jurídico se puede decir que es uno de los problemas más frecuentes que tiene la doctrina, es necesario mencionar que la doctrina determina varios bienes jurídicos, y estos bienes jurídicos se encargan de precautelar un interés particular de la sociedad dentro del Estado; así por ejemplo, la vida es el bien jurídico más protegido por las legislaciones.

Como BURÓN indica que “esta determinación tiene como interés revelar el daño que causa el delito y quiere evitar la norma penal, por tanto la razón jurídica de que la conducta esté desvalorada y prohibida por la ley penal, de que sea antijurídica o, en otros términos, de que sea un hecho injusto, primera característica que requiere todo delito y que se estudia seguidamente”.²⁵

La ley protege la vida humana independiente, siendo el bien jurídico que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente, la vida es protegida por el Estado, no solo por el interés del individuo, sino también por el interés de la sociedad.

Los bienes jurídicos pueden ser vistos como las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad, los titulares de los bienes jurídicos pueden ser las personas, la sociedad, el Estado o la comunidad internacional.

MEINCKE cita a VON LISZT indicando que es deber del Estado proteger los bienes jurídicos, ya que son los “...intereses vitales, intereses del individuo de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida, pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”.²⁶

En las legislaciones del mundo, es muy fácil encontrar que la vida es un bienpreciado, y en el caso de que se produzca una mala práctica médica, lo que se busca proteger es la vida del paciente.

²⁵ J. BURÓN, *Psicología del Médico Forense: la investigación del delito*, Editorial Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1997, p. 20.

²⁶ M.J. MEINCKE. *La mala práctica...*, op. cit., p.49

1.5.2 De la mala práctica médica y el delito inintencional

Resulta increíble que a pesar de los esfuerzos y de los cientos de casos reportados en el país, la figura de la mala práctica médica aún no es contemplada en nuestra legislación. Se puede decir que uno de los motivos tiene que ver por las condiciones en las que se maneja el mismo sistema hospitalario en el país.

Para nuestra legislación la responsabilidad que cae en la acción de los médicos es analizada desde el punto de vista del delito inintencional, pero para alguna legislación extranjera, el médico tiene mayores responsabilidades cuando realizan estas acciones, de tal forma, los médicos responsables responden de manera administrativa, civil y penal.

Es muy importante saber que el delito inintencional como el de la mala práctica médica en la legislación internacional, tienen grandes diferencias, por una parte en el delito inintencional el castigo es una pena leve, y además se debe analizar si este proviene de la total entrega del médico en su trabajo y la grave consecuencia de que el paciente falleció, por otra parte se debe tomar en cuenta que el delito de mala práctica médica en legislaciones del mundo, es visto como un delito independiente y que involucra un análisis de la pena y sus consecuencias se deben analizar.

GUZMÁN LARA, tratadista ecuatoriano, dice sobre la mala práctica médica como delito inintencional en la legislación ecuatoriana, que:

No se trata de equivocación en el diagnóstico por parte del médico.

Debe aparecer el elemento de la negligencia, esto es, el descuido o falta de precaución, la ineptitud no se asimila a la negligencia, pero si la habría al no contar el médico con el tiempo necesario para dar atención al paciente, como el caso de abandono de una casa de salud en que trabaje, sin dejar reemplazo aceptado por el jefe de la casa asistencial o del cliente, de tratarse de atención particular.

Si toda persona debe tener prudencia y cuidado en sus actos, con mayor razón el profesional médico, como el que expende medicinas, pero tampoco puede exigirse infalibilidad. Dos enfermos con el mismo mal pueden reaccionar en forma distinta al mismo medicamento. Ello depende de un sinnúmero de factores: edad, grado de avance de la enfermedad, la presencia de otras dolencias, el desgaste orgánico, la presencia de vicios y de degeneraciones, etc. La negligencia debe ser apreciada en cada caso, ella significa no prestar la

atención debida, atención tardía, falta de órdenes precisas, falta de recepción de los datos, generalmente acostumbrados para determinar el diagnóstico, etc.²⁷

Todos los delitos que tengan que ver con la atención de los pacientes, deben ser establecidos dentro de las normas administrativas, de hecho en la responsabilidad civil se hallan determinadas, pero en forma principal se debe indicar que la norma penal si debe contemplar la mala práctica médica como un delito diferenciado completamente de otras figuras, pero que no debe establecerse la misma rigurosidad con la que se la sanciona en otros países.

Lamentablemente en nuestro país, el sistema de salud no funciona, habiendo lugares de la población que no tienen ni un Centro de Salud cercano al lugar en donde habitan, yendo en contra de la Constitución en cuanto a la garantía de la Salud.

²⁷ A. GUZMÁN LARA, *Diccionario Explicativo del Derecho Penal*, tomo II, p.770.

CAPÍTULO II

SUJETOS Y ELEMENTOS EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

2.1. Sujeto activo

El sujeto activo puede ser cualquier persona capaz, pero en el caso de la mala práctica médica, no es cualquier persona, es el profesional médico, ya que en razón a su profesión, su conducta debe estar regida con mayor responsabilidad en tanto que su actividad profesional lo obliga a realizar sus acciones con mayor previsión, diligencia y su necesario deber de cuidado.

El delito es el 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, o la ocasión de lesiones.

El sujeto activo es quien realiza la acción, por ende responde ante la justicia como autor del delito. En el delito de mala práctica médica, de forma general responderán como autores o sujetos activos, los profesionales de la salud, que están encargados de cuidar a los paciente.

2.1.1. Derechos y obligaciones de los profesionales de la salud

Es inimaginable que una persona con tal grado de responsabilidad, como es el médico frente a su paciente, no tenga que cumplir con ciertos derechos y obligaciones, por tal razón, el médico, al ser un sujeto de derecho, debe cumplir con una normativa que conduzca su actuación, teniendo una carga de derechos y obligaciones hacia el paciente.

La profesión médica es tan importante para la sociedad, pues esta profesión está ligada de una manera muy profunda a la vida y a la salud humana, que cualquier pérdida en una prestación puede causar lesiones, o peor aún, la muerte de paciente.

El profesional debe sujetarse a los principios y técnicas que su disciplina lo exige, haciendo a la medicina una carrera que de suma importancia, dejando a un lado las actividades triviales.

Los médicos y todos los que sean considerados profesionales de la salud, no tienen la excusa de actuar sin responsabilidad, es decir, en la medicina nadie tiene la libertad de realizar actos torpes, porque el título otorgado supone que la persona es hábil y prudente en la carrera, siendo la torpeza o ignorancia culpa.

2.1.2. Deberes y obligaciones de los médicos

Siendo una profesión de suma importancia, los médicos deben cumplir ciertos deberes para que así puedan desempeñar su trabajo de una mejor manera.

Así mismo, con la aceptación de la Declaración de Ginebra, el profesional de salud está aceptando ciertas condiciones para ejercer su profesión, tales como las detalladas a continuación:

En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica:

Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad,
 Otorgar a mis maestros el respeto y gratitud que merecen,
 Ejercer mi profesión a conciencia y dignamente,
 Velar ante todo por la salud de mi paciente,
 Guardar y respetar los secretos confiados a mí, incluso después del
 fallecimiento del paciente,

Mantener incólume, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica,
 Considerar como hermanos y hermanas a mis colegas,
 No permitiré que consideraciones de afiliación política, clase social, credo, edad, enfermedad o incapacidad, nacionalidad, origen étnico, raza, sexo o tendencia sexual se interpongan entre mis deberes y mi paciente,
 Velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo, incluso bajo amenaza, y no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas,
 Hago estas promesas solemne y libremente, bajo mi palabra de honor.²⁸

Básicamente esta declaración anuncia ciertos deberes que tiene el médico, como por ejemplo:

- Confidencialidad o secreto profesional.
- Dar la información clara y verdadera al paciente.
- Requerir del consentimiento informado del paciente.
- Realizar toda práctica necesaria para que se logre mantener la vida del paciente.
- Dar asistencia a quien necesite.
- Reducir los riesgos.
- Actuar de una manera diligente.
- Entre otras.

Como se puede observar, en la lista existen varias obligaciones, una de las más importantes obligaciones que tiene el médico es el de la información.

De esta manera, el médico no puede divulgar a terceros la información que un paciente haya confiado a su médico. Tampoco se puede probar al paciente de conocer su estado actual, es decir, el paciente debe conocer el verdadero estado de su salud, las posibilidades que tiene.

De igual manera, el médico debe informar a su paciente de cuáles son las posibilidades que tiene de salvarse, o que tratamientos existen para curar la enfermedad, el médico en este caso, debe aconsejar al paciente sobre cuál es su opinión respecto al

²⁸ A. CARDONA HERNÁNDEZ, *Ética médica y moral profesional*, Copiyepes, Medellín, 1985, pp. 29-30.

mejor tratamiento posible para su caso. Y así conseguir el consentimiento de su paciente para realizar el tratamiento adecuado.

2.1.2.1. Deber de secreto profesional

Es la información que es conocida únicamente por el paciente y por el médico. Este es un deber de contenido negativo; el médico no puede revelar a terceros los datos relativos al estado del paciente, o las confidencialidades que le harían en una consulta.

Este deber obliga a los profesionales a guardar discreciones sobre la información que tengan, no divulgándolas a no ser por orden judicial o autorización del contratante.

El médico tiene el deber y el derecho de guardar el secreto de aquellos datos relativos a su paciente que llegara a su conocimiento con motivo del ejercicio de la medicina.

Obviamente no se trata de un deber absoluto, ya que en ciertos casos, el médico debe revelar ciertos datos recibidos por su cliente; normalmente esto pasa cuando está en juego intereses relevantes y superiores al silencio médico.

2.1.2.2. Deber del médico relativo a la información

Este deber es un deber positivo, ya que se informa al paciente sobre su estado de salud, se le está brindado información relevante, así mismo se le informa cual es la terapia más recomendable y todas las posibilidades que existen de curación, y si no existe cura alguna, el médico debe ser lo más frío posible y anunciar que su estado de salud es incurable.

En este caso, la información médica revela todos los datos relevantes para que el paciente tome una decisión, y así dar o no dar el consentimiento a la práctica médica que sugiere el galeno.

Sin embargo, BOCKELMAN expresa que “Aquél sólo está obligado a comunicarle los datos que pueden serle de interés para su toma de decisión.”²⁹, ya que al explicar el procedimiento por completo usando un lenguaje médico, se puede llevar a confusión al paciente. Pero es necesario que el médico advierta los riesgos y complicaciones que pueden tener el procedimiento, y ahí sí sería necesario que lo haga de una manera detalla para que el paciente entienda los peligros a los que va a someterse.

2.1.2.3. Deber de requerir el consentimiento informado del paciente

Este deber ha sido definido jurisprudencialmente como la declaración de voluntad del paciente, una vez que se le ha dado toda la información sobre el procedimiento que ha propuesto el médico. Como el paciente es quien se va a someter al tratamiento, y como consecuencia debe soportar gastos económicos, el paciente debe conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, y cuáles son las posibilidades del éxito. Tal consentimiento comprende dos deberes por parte del médico; la obtención de dicho consentimiento y la información al paciente.

El Código de Ética Médica del Ecuador dice: “Art. 15.- El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que esté de por medio la vida del paciente a corto plazo.

En todos los casos la autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones. Art. 16.- Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente”.

²⁹ P. BOCKELMANN, *Las bases jurídicas y los límites legales de la medicina*. Recht und Medizin. Darmstadt, 1990. p. 183

El principal objetivo del médico es procurar el bien del paciente. Debe rechazar cualquier actitud que ponga en riesgo la salud del paciente, el acto médico es un acto humano entre dos personas.

2.1.2.4. Deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente

El médico debe realizar todo tipo de práctica que sea necesaria para poder mantener la vida del paciente. Esto viene desde que realiza el juramento hipocrático, siendo este el deber más señalado e importante en toda su carrera. La obligación de los médicos de resguardar la salud de cualquier persona y en cualquier incidente, no solamente es por cuestiones éticas, sino también por cuestiones jurídicas, ya que en el caso de abandonar a una persona trae consecuencias de carácter penal.

El médico debe realizar las prácticas que él crea conveniente, obviamente utilizando sus conocimientos y así poder mantener la vida del paciente.

2.1.2.5. Deber de dar asistencia médica

Este deber y obligación nace a partir del momento en que el médico jura realizar las prácticas adecuadas con el fin de curar al enfermo.

El médico siempre debe brindar asistencia. Sin embargo es libre de no asistir sólo en ciertos supuestos, siempre y cuando no ponga en riesgo la salud del paciente. No obstante, por regla general, deben brindar atención médica a todas las personas que así lo requieran.

Sin embargo el galeno “está obligado a preservar al paciente de los riesgos de las enfermedades sólo en la medida que ello se corresponda con un buen estándar. Ningún médico está obligado a realizar semanalmente a sus pacientes revisiones generales”.³⁰

La labor de los médicos es una de las de mayor entrega y sacrificio, ya que como deber primordial tiene el cuidado del paciente. El médico debe siempre actuar con total

³⁰ Vid. nota 5

entrega ya que al haber falta de atención pueden surgir grandes complicaciones, además, cabe recalcar que es importante que los médicos proporcionen toda la atención debida ya que si existe alguna circunstancia externa al médico que compliquen la vida del paciente, el mismo no tendrá motivos por los cuales culpar al médico de las consecuencias que sobre él recaigan.

Las normas deontológicas de la medicina, imponen al médico la obligación de asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga, y en caso de no ser posible esta asistencia, el médico debe delegarla a otro profesional, para que no se descuide a la persona que busca asistencia.

2.1.2.6. Deber de Reducir los Riesgos

El riesgo en una intervención quirúrgica debe ser asumido por quien va a resultar beneficiado por tal intervención, es decir, el paciente. El personal que ha intervenido no se compromete con una obligación de resultado, sino de medios.

Sin embargo de lo manifestado, es preciso mencionar que el profesional médico debe reducir los riesgos que exponen la vida del paciente, y esta reducción de riesgos va a la mano con el deber de informar al paciente el riesgo que corre y así, si el paciente asume el riesgo, el médico queda librado de compromiso. Pero si el profesional no informó todo el riesgo que puede haber en tal intervención, la responsabilidad recae sobre el médico que intervino.

“...El principal deber del médico es defender la vida humana. Para caracterizar la vida del hombre se necesitan otros criterios”.³¹

La mala práctica médica da cuando la relación médico-paciente, ha sido afectada por la falta de cumplimiento del deber primordial del doctor, es decir, cuando el médico a provocado un daño en la salud de su paciente como consecuencia de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

³¹ H. THIELICKE, *Ética...*, op. cit., pp.139-140

2.1.2.7. Deber de la Actuación Diligente

Este, al igual que muchos, es un deber primordial, ya que el médico tiene el deber de actuar de manera diligente en la atención del enfermo, si no lo hace, su resultado puede comprometer su responsabilidad a una negligencia. El médico debe actuar con la prudencia y diligencia que exige su profesión y especialidad.

El médico debe respetar la *lex artis* en su práctica médica. La *Lex Artis* es el conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente con adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente.

SERPA FLOREZ da la definición de *Lex Artis* como las "...Reglas de consonancia con el estado de saber de esa ciencia que marcan las pautas en que deben desenvolverse los profesionales, recalcando que el deber objetivo o de cuidado es un concepto jurídico que se relaciona con la obligación del médico de atender a su paciente de acuerdo con las reglas de la *Lex Artis* y con la correcta indicación médica [...], el médico tiene la protección del Estado en el ejercicio de su profesión como una actividad lícita que es, siempre que se ajuste a la *Lex Artis*, a la indicación médica que cumpla con el deber objetivo de cuidado y que no exponga a su paciente a riesgos injustificados.

Si el médico ajusta su conducta a las normas de la ética, a su buen juicio clínico, a su correcto juicio ético y a las normas escritas en la ley, no actuará culposamente y por lo tanto no será sometido a juicios penales que le ocasionan sanciones, ni a juicios civiles que le obliguen a retribuir el daño causado.³²

Puede definirse también como el modo de hacer bien las cosas. Por lo tanto se puede decir que existe una mala praxis al momento de no seguir una *lex artis*.

³² R. SERPA FLOREZ, *Obra Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995.

MEINCKE menciona sobre la *Lex Artis* que es “el conjunto de disposiciones de orden médico, técnico y aquellas costumbres no escritas que funcionan como indicadores de la conducta médica”³³

Cuando existe negligencia, impericia e imprudencia, podemos decir que el proceder del médico no va a traer buenos resultados, sin embargo, el médico asume frente al paciente el compromiso de proceder de acuerdo a las reglas que le da su profesión, de esta manera asegura una buena ejecución del contrato.

2.1.3 Obligaciones del médico

Los médicos tienen ciertas obligaciones con el paciente, entre las cuales tenemos la obligación del médico de preservar la vida humana; brindar a su paciente toda su lealtad; cuando el médico tenga un caso que sobrepase su capacidad, el médico debe acudir a otro profesional de la salud calificado que sepa lo que él no sabe; debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado; y por último, debe brindar todo tipo de atención cuando sea urgente³⁴.

2.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de la acción es el titular del bien jurídico lesionado, o puesto en peligro. En tal sentido y en caso a las determinaciones, el sujeto pasivo es el paciente que pone al cuidado de los médicos y enfermeras su bien jurídico que en este caso es la salud.

En este caso en particular, el paciente es el sujeto pasivo, ya que es él, sin importar su edad, condición o capacidad jurídica, quien pueda sufrir una lesión en los

³³ MJ. MEINCKE, *La mala praxis...*, op.cit., p. 22

³⁴ Cfr. J. VILLALBA LOMBANA, *Derecho penal y responsabilidad médica*. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín Colombia, 2007, pp. 107-108.

bienes jurídicos que ya se hablo con anterioridad. Sin embargo, en caso de dar la muerte al paciente, los sujetos pasivos en este acto son sus parientes o herederos.

2.2.1. Paciente

El paciente es aquella persona que busca ayuda para mejorar su salud o busca prevenir enfermedades.

En términos de gestión sanitaria, el paciente es un cliente, a quien el médico debe brindarle todo su esfuerzo y dedicación para sanarlo.

2.2.1.1. Derechos y Obligaciones del Paciente

Al igual que los médicos, y de acuerdo a la Asociación Médica Mundial, los pacientes tienen derechos, como el de escoger libremente al médico, a tomar decisiones sobre su propio organismo, ha informarse sobre su enfermedad, a una muerte digna.

Los derechos de los pacientes, es el conjunto de derechos que poseen los enfermos. Y de la misma manera, al ser un actor en el contrato de servicios médicos, tiene una serie de obligaciones, como por ejemplo, colaborar con el cumplimiento de las normas institucionales, tratar con respeto a los profesionales de la salud, a los pacientes, y a las personas que se encuentren acompañando al paciente, y a firmar un documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos que han sido propuestos.

No hay que olvidar, que el paciente tiene autonomía, por lo tanto, es él quien decide si tomar o no el tratamiento.

2.3. Relaciones médico paciente

La atención médica es una forma de asistencia que da el médico al paciente, de ayuda técnica interhumana. Tiene una característica especial que es la de reparar a un sujeto, un ser humano. Lo que se “arregla” son personas humanas. Con palabras de KOLLAR:

...[S]e espera que el médico se ocupe no sólo del organismo enfermo, sino, así mismo, del estado del organismo entero, del hombre en su totalidad, porque se encuentra de hecho frente a una persona no ante un órgano aislado, ni ante un psique abstracta.³⁵

Esta relación implica actitudes de solidaridad de manera trascendental, ya que la enfermedad supone una necesidad, que implica al propio cuerpo del paciente.

De aquí que el instrumento más adecuado para la relación, sea comunicación verbal y no verbal, el vínculo más apropiado es la empatía, por tal razón, el médico debe ponerse en el lugar del paciente, y ser lo más sincero posible.

Esta relación de asistencia técnica tiene la formalidad de un contrato, en el cual el experto ofrece sus prestación de servicios al paciente que lo necesita, ofrece salud, siendo un bien individual y privado que sobre todo es de interés social y público. Desde este punto de vista, la relación del médico con el paciente está delimitada por las expectativas de la sociedad. Se espera del médico y del paciente una serie de comportamientos, de derecho y deberes, por los que ambos se comprometen a cuidar.

Hay que mencionar también que este contrato tiene actitudes de confianza, y sin las que el contrato quedaría sin operatividad, pues si no existe una buena relación, tan solo basta con la no aceptación para que quede inexistente esta relación. No hay que olvidar que una buena relación médico paciente evita los cuestionamientos del enfermo en los tratamientos que se va a recibir. El paciente siempre debe saber.

La tarea en esta relación, involucra muchos informes detallados, y muchos de los pacientes demandan comprensión y apoyo. No basta con que él médico se quede en la superficie y mencione de manera breve lo que padece el paciente y que soluciones hay.

El médico debe ocupar el puesto del paciente e informar lo que él quisiera saber si esta en esa posición. Por tal razón, el médico debe brindar confianza al paciente, mediante el secreto médico e informándole todo lo que debe conocer para que de esta manera, al momento de la intervención, sepa el riesgo que puede tener.

³⁵ L. KOLLAR, citado por J. VELÁSQUEZ. *Relación transaccional medio paciente*. 1999. p. 3.

...Los hospitales, clínicas y sanatorios pueden ser responsabilizados por daños causados a las personas atendidas en sus instalaciones o por su cuenta y/o representación, cuando los profesionales que atiendan a los pacientes incumplan con su deber de revelar adecuadamente los riesgos y alternativas de un tratamiento médico propuesto.³⁶

El Código Civil, en su art. 1572, explica que la indemnización por perjuicios se da cuando ha existido un daño emergente, el cual se ha creado por no haberse cumplido la obligación, o si se cumplió, se lo hizo de la manera errónea. Por lo tanto, el hospital al no cumplir con las obligaciones previstas por la Ley Orgánica de Salud, o con las que existía en el contrato entre el hospital y el paciente, deben responder por una inexecución de una obligación o por una ejecución defectuosa, que causo daño a una de las partes contratantes, que en este caso sería el paciente.

El secreto médico es un elemento esencial en la relación médico paciente. Como ya he mencionado, este deber brinda la confianza necesaria al paciente. Obviamente, para que funcione una buena relación entre el médico y el paciente, se debe tener una confianza mutua. El paciente debe poder confiar en la discreción del profesional que ha elegido o que ha atendido.

El paciente acude al médico por una necesidad, en muchos casos, la salud del paciente es desconocida por el paciente mismo, y por esta razón acude al doctor para que solucione su problema. El médico ayuda al necesitado poniendo a su disposición sus conocimientos y capacidades profesionales.

Lo ayuda dando información sobre su enfermedad, los procedimientos que se pueden seguir, las posibilidades de tratamiento, su eventual cura, y todas aquellas prácticas necesarias para la realización de una correcta práctica médica.

Así surgen cuatro puntos básicos en la relación médico paciente: la veracidad, la intimidad, la confidencialidad y la fidelidad.

Si algún paciente ha demandado por lo menos una vez a su médico, o conoce de alguien cercano que lo ha hecho, la confianza entre el médico y esa persona no volverá

³⁶ E. HIGHTON, *La relación médico-paciente...*, op. cit., p. 210

a ser la misma. Por más dramático que suene, la persona puede caer en una gran desilusión, pues ya no confía en las personas que estudian para salvar las vidas de los demás. Por esta razón es importante mantener una buena relación entre el médico y el paciente.

2.4. Responsabilidad

La responsabilidad aparece como una obligación que tiene el ser humano que vive en sociedad de asumir las consecuencias de su actuar. Todo aquel que produce un daño está obligado a repararlo.

El médico debe responder cuando a cometido actos u omisiones, ya sean voluntarios o involuntarios contra las reglas establecidas, produciendo un daño a la salud.³⁷

La responsabilidad del médico es determinada de la manera en que JACOVELLA lo expone:

Un acto médico con culpa.

Una relación causal entre dicho acto y el perjuicio.

Una prueba fehaciente de lo producido³⁸.

Es evidente que en materia de práctica médica, se debe analizar la conducta del profesional del galeno, para luego establecer la relación que produce entre el acto y el daño que se ha ocasiona; el último punto se refiere a que el daño es evidente como en el caso de la muerte del paciente, de alguna deformidad, etc.

³⁷ V. DOTTI DONDI, R. MONGE UMAÑA. *La responsabilidad médica surgida como consecuencia de la malpraxis*. Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica No. 8, p. 117.

³⁸ P. JACOVELLA. *Buena/Mala praxis médica en cirugía estética*, Ediciones de la Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997. p. 53

2.4.1. Tipos de responsabilidad

En la mala práctica médica se ha dicho que pueden existir varios tipos de responsabilidad, como son los siguientes:

- **Directa:** se refiere a la que es propia del cirujano, y a los miembros de su equipo con autonomía científica es decir, el anestesista.
- **Solidaria:** corresponde al personal colaborador del acto quirúrgico, como por ejemplo, la enfermera.
- **Concurrente:** recae sobre el cirujano y el paciente por no cumplir las normas que les corresponden para atender la salud.

En una intervención quirúrgica pueden existir muchos sujetos involucrados. Existe el cirujano jefe, la enfermera, el asistente, el anestesista, etc. Por tal razón, cuando es difícil individualizar al responsable de la mala práctica médica, el jefe del equipo debería ser el responsables, en donde él tiene una responsabilidad pasiva, ya que este sería responsable por los hechos de sus dependientes.

Debe responder de manera solidaria porque el jefe de equipo debió velar por las actuaciones de su equipo, y por lo tanto, debió supervisar que se mantengan dentro de los límites de su profesión.

2.4.2. Responsabilidad médica contractual

En estos casos el médico debe indemnizar todo daño que tiene el prestador de salud institucional o individual por:

- No haber cumplido una obligación contenida en el contrato.
- Haberla cumplido de manera imperfecta.
- Haber retardado su cumplimiento por causas imputables a éste.

Normalmente el contrato entre el paciente y el médico se lo hace de manera verbal al ir al lugar de atención médica, sin embargo, existe varios documentos que

delimitan el contenido de este contrato, es decir, aquello a lo que se obliga el prestador de salud.

El primer documento que se genera, es aquel en donde encontramos el consentimiento del paciente ha someterse a una intervención, es decir, en este documento encontramos el consentimiento del paciente por escrito, obviamente previa información del médico al paciente sobre la intervención.

Otro documento importante es la historia clínica, que ZUCCHERINO la define como:

...[E]l legajo personalizado del paciente, dado a identificación con los datos personales de él y en cuyas diversas secuencias integrantes se observa el seguimiento u registro de las distintas actuaciones profesionales que hubieren ido concediendo en punto a la evolución del titular.³⁹

Es decir, que la historia clínica debe contener el resumen de los datos del paciente, y así saber la evolución de la enfermedad que puede tener, este documento debe tener un pleno reconocimiento legal, ya que en muchos casos ayudará para determinar si existió mala práctica por parte del médico que lo trato.

La información que tiene la historia clínica es la que se utiliza en el tratamiento específico del paciente. A pesar de lo que se manifieste en la gran parte de legislaciones, se habla de la necesidad que hay de analizar las historias clínicas, sin embargo nada se dice en cuanto a la existencia. Por lo tanto, se debe ser más preciso y obligar a las legislaciones que incorporen la existencia de la historia clínica del paciente ya que tiene fines probatorios dentro de un proceso de mala práctica médica.

2.4.3. Responsabilidad extracontractual del médico

Es obvio que pueden darse algunos casos de responsabilidad extracontractual cuando el voluntario aplica su ciencia en ausencia de todo vínculo contractual. Esto puede darse en los siguientes casos que explicare a continuación.

³⁹ R. ZUCCHERINO, *La praxis médica en la actualidad*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2000, p.39

En primer lugar cuando el médico acude a asistir a una persona de manera espontánea, es decir, en el caso de un accidente que se dé en la calle. En caso de que la persona que ha sido asistida fallezca, existe una responsabilidad extracontractual frente a los familiares del difunto.

La responsabilidad del médico derivada de la muerte de un paciente, es contractual con relación a la víctima, es decir con el difunto, pero como ya he explicado con anterioridad, un difunto no puede ser un sujeto pasivo, por lo tanto no puede ser él quien llame la atención al médico, por lo tanto, en el caso de muerte por negligencia médica, existe una responsabilidad extracontractual, por ser los parientes del muerto ajenos y extraños a la vinculación contractual que existía entre el médico y el paciente.

También existe una responsabilidad extracontractual del médico cuando se atiende a una persona que ha perdido el conocimiento e ingresa al hospital sin la compañía de familiares. Esto puede ocurrir en muchas ocasiones cuando un comedido ve a una persona desvanecerse en la calle y lo lleva al Centro de Salud más cercano. Como el comedido no puede decidir por el paciente, la atención dada por el médico y la responsabilidad del mismo, son extracontractuales.

2.5. Elementos

A continuación veremos los elementos que podemos encontrar en la mala práctica médica, observando que se puede actuar con dolo y con culpa, esta falta de los médicos claramente puede tipificarse, por lo tanto no hay dificultad en establecer la necesidad de la creación de un tipo penal específico que reúne con las características de la Teoría del Delito.

La mala práctica médica es considerada como un delito culposo, pues se cree que el responsable de la salud comete la falta no porque quiso, no tiene voluntad de cometer el acto dañoso. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en forma defectuosa y causar daños. Por tal razón las personas deben ser protegidas de estos eventos que son peligrosos del ejercicio profesional de la salud.

También la inadecuada prestación del servicio de salud está considerada dentro de la tipología violatoria de derechos humanos. En tal sentido se expresa que “cualquier acto u omisión, por parte del personal encargado de brindarlo, que cause la negativa, suspensión, retraso o deficiencia de un servicio público de salud, y que afecten los derechos de cualquier persona”, constituye uno de estos tipos.

Finalmente estas tipologías consideran la negligencia médica en los siguientes términos. Cualquier acción u omisión en la prestación de servicios de salud, realizada por un profesional de la ciencia médica que preste sus servicios en una institución pública, sin la debida diligencia en la práctica realizada, que traiga como consecuencia una alteración en la salud del paciente, sea físico, moral o económico.

Es importante mencionar estos elementos, pues como veremos a continuación, existen varias formas en que se dé una mala práctica médica, por tal razón es importante analizarlos para concluir en que no se la puede seguir juzgando como un delito de lesiones o de homicidio inintencional, ya que existen otros elementos en juegos.

Para que se establezca a la mala práctica médica se deben verificar los siguientes requisitos:

- El autor debe ser médico.
- La acción u omisión que produce el daño debe corresponder al quehacer profesional. Si un enfermo es dañado por golpes o armas usadas por un médico, no existe un delito de mala práctica, sino un delito común de lesiones.
- Debe existir una relación médico paciente real que haya permitido realizar el trabajo profesional.
- Que la actuación médica haya provocado, al no hacerse bien, el daño en la persona.
- En este daño no debe haber interferido el paciente, es decir, si el paciente fue quien ya no tomo la medicina necesaria y se muere, ya no hay una responsabilidad del médico de una mala práctica.

- El daño debe derivar de la manera imprudente de actuar del médico, ya sea por negligencia, impericia.

A continuación, se detallan los elementos culposos con algunos ejemplos:

2.5.1. Culpa

Como principal elemento de una mala práctica médica se tiene a la culpa, pues en el art. 14 del Código Penal se estipula que "...la acción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causas de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos."

La culpa es la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, pasaría entonces una acción defectuosa, que conlleva dentro una tendencia criminal, pues ataca a un bien jurídico protegido y es penalmente reprochable.

Es muy importante que el médico se someta al objetivo de cuidado que la ciencia médica manda a obedecer, particularmente cuando existen riesgos mayores para la salud del paciente ya que dependiendo de su respeto o irrespeto a estas normas, se obtiene la práctica buena o mala al paciente.

En general ningún código contempla la figura del deber de cuidado, sino que más bien establece un deber genérico cuya infracción resulta punible, por lo que se hace necesario que en cada situación se identifique cual era ese deber de cuidado exigible, así se logra determinar la tipicidad.

El deber de cuidado, ha sido tratado desde varios puntos de vista, uno de los cuales se basa en un criterio objetivo, es decir, el cuidado que el deber exige es aquel que hubiera puesto una persona consciente y prudente en la misma situación, dejando a un lado la especial capacidad que pudiere tener el agente.

El deber del cuidado le permite al médico a actuar con una manera dedicada, con precaución, yendo de la mano con los procedimientos médicos de conformidad con las reglas y técnicas de que se le ha enseñado, haciendo uso de todos los recursos disponibles para que el paciente recupere la salud.

La culpa aparece cuando el médico se va en contra del deber de cuidado provocando daños a los bienes jurídicos del paciente, cuando da una atención médica irresponsable, pero sin la intención de causar daño, a pesar de que pudo haber evitado esta actuación. Es decir, si el médico a pesar de no tener la intención de causar el daño, es consciente de que su modo de obrar es negligente o imprudente, está dentro de la culpa.

Para que la conducta del médico sea culposa, es necesario que exista una relación de causalidad entre la conducta y el resultado obtener. En otras palabras, el resultado debe encontrarse en principio en la actividad desarrollada por el médico, la misma que conduce evidentemente a la violación del deber de cuidado demandado, cuya inobservancia lesiona los bienes jurídicos del paciente.

La culpa es el elemento esencial en este delito, pues la gran mayoría de casos han dicho que la mala práctica médica es un delito culposo, y es juzgado como un homicidio inintencional cuando se ha causado la muerte en el paciente.

En el homicidio inintencional se encuentran los siguientes elementos:

- Falta de precisión, es decir, no pensar en las consecuencias que pueden pasar en el futuro.
- Falta de precaución, es decir, no prever un resultado como posible y analizarlo tratando de evitar los daños.

Básicamente en el homicidio inintencional se está ante el hecho de la muerte de una persona que no fue deseada.

En el Derecho Penal, son varios los tratadistas que le dan a la negligencia un significado muy amplio. JIMÉNEZ DE ASÚA establece que también dentro de la negligencia, se puede encontrar también a la imprudencia y a la impericia ya que la negligencia es la negación de la diligencia, y quierase o no se encuentra en todas las restantes formas de culpa.

JACOVELLA menciona algunos conceptos que se relacionan con la negligencia, entre los cuales encontramos a la imprudencia, negligencia e impericia.

Impericia: no tener el conocimiento suficiente para actuar de manera idónea.

Imprudencia: Afrontar un riesgo sin haber tomado todos los recaudos para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar en lo inconvenientes que resultarán de la acción.

Negligencia: Incumplimiento de los elementos principales inherentes al arte o profesión, en este caso el arte de curar.⁴⁰

Los planteamientos expuestos de manera precedente guardan una gran relevancia respecto del tema planteado, pues en virtud de su comprensión integral, se torna factible una diferenciación objetiva entre lo que constituye la práctica médica culposa y la práctica médica de carácter dolosa.

En este sentido, se plantea a continuación el siguiente análisis jurídico y doctrinario de lo que constituye la imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de la ley y el dolo, principalmente en base a lo que dispone el Código Penal ecuatoriano y las principales corrientes teóricas.

2.5.1.1. Imprudencia

La imprudencia se refiere a realizar un acto con ligereza, comúnmente en los diccionarios se define a la imprudencia como la falta de prudencia, siendo una punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia aconseja, la cual conduce o ejecuta hechos que resultan en delitos.

Imprudencia médica; es cuando se “realiza algo que se debió evitar, actuando con temeridad manifiesta en forma precipitada”⁴¹

La imprudencia es “una conducta culposa positiva, en un actuar desmesurado, en exceso, apresurado o irreflexivo que provoca un resultado dañoso por no haberse tomado las precauciones que en el sentido común indica o bien por haber actuado con cierta laxitud subestimando las posibles consecuencias dañosas”⁴².

CABANELLAS con respecto a la imprudencia define lo siguiente:

⁴⁰ P. JACOVELLA, *Buena/Mala praxis médica en...* op. cit., pp.54-55.

⁴¹ N. MONTANELLI, *Responsabilidad criminal médica*, Editorial García Alonso, Buenos Aires, 2005, p. 118.

⁴² A. ARAYA. *La responsabilidad médica en la legislación costarricense, sus implicaciones en el ámbito civil y penal*. San José, Costa Rica, pp. 213-214.

Genéricamente la falta de prudencia, de precaución. Omisión de la diligencia debida. Defecto de advertencia o previsión en alguna cosa. Manifestación que descubre o revela algo que convenía reservar o que provoca algún mal ante la reacción ajena⁴³

La imprudencia es lo opuesto a la prudencia, es decir, es enfrentar un riesgo sin haber tomado las precauciones necesarias para evitarlo, y proceder de una forma apresurada, sin tomar el tiempo necesario para pensar en todos los inconvenientes que pueden resultar de su forma de obrar, es una forma de actuar sin pensar en los riesgos que se pueden ocasionar.

La imprudencia es un hecho en el cual no existe la intención de cometer un daño a la persona. La imprudencia supone una actuación sin moderación, como por ejemplo el médico que practica intervenciones que requieren de mutilación en pacientes con diagnóstico de cáncer, contando solo con un examen clínico básico.

Así mismo, es una conducta contraria a la que el buen sentido aconseja, emprender actos excepcionales fuera de lo normal, hacer más de lo debido; es decir, una conducta peligrosa. Es una violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia, actuando sin cordura, moderación o discernimiento.

En el imprudente observamos la ejecución de algo que el deber de cuidado ordena que no se lo haga, el imprudente actúa en forma temeraria y desusada.

Para verificar un delito imprudente en la mala práctica médica, se debe cumplir con lo siguiente:

- Violación al deber objetivo del cuidado.
- Resultado lesivo.
- Nexo de determinación causal entre los dos elementos anteriores, es decir, que exista el nexo de imputación.

Dicho esto, para que exista un tipo prudente, el sujeto debe tener una actuación que abarque el resultado producido, y que este resultado no haya sido ejecutado por una voluntad para conseguir el resultado.

⁴³ Vid. Nota 21

Un ejemplo que nos da la doctrina de imprudencia es el que veremos a continuación:

Aparece un absceso perianal y Agustín, en lugar de realizar una incisión pequeña, intentando que el pus drenase, decide que, es necesario extraerla. Como consecuencia de la operación resultado seccionado el esfínter.⁴⁴

En este caso si el médico hubiera actuado prudentemente y hubiera realizado la intervención menos compleja y agresiva, pudo haber comprobado los resultados, antes de realizar la intervención más compleja.

El médico realiza una acción imprudente al momento en que se excede en su accionar, actuando con ligereza y falta de compromiso con el paciente, sin que valore lo que conviene; es decir, incumple con su deber de previsión. El profesional de la salud en lugar de evitar un peligro para su paciente, incrementa el riesgo en la salud del mismo.

2.5.1.1.1. Casos de imprudencia médica

Entre los casos más comunes de imprudencia médica, pueden ser mencionados los siguientes:

- Realizar una transfusión de sangre sin haber primero establecido el grupo sanguíneo, HIV, hepatitis, etc.
- Dejar gasa o algún instrumento dentro de la cavidad abdominal, o en alguna parte del cuerpo cuando se realice una intervención quirúrgica.
- Realizar un acto innecesario.
- Transmitir enfermedades contagiosas por el médico o por los instrumentos de trabajo del profesional.
- Hacer operaciones o amputaciones en diagnósticos establecidos solo con el examen clínico.

⁴⁴ M.A. TERRAGNI, *El delito culposo en la praxis médica*, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, p. 24.

- Entre otros

2.5.1.2. Negligencia

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, retardo significa “descuido, omisión, falta de aplicación”; de tal manera que negligencia es lo inverso al sentido del deber. Es el incumplimiento de los elementales principios inherentes a la profesión; o sea es falta de actividad, por cuya causa se produce el resultado dañoso que pudo haberse evitado con una actitud diligente.

CABANELLAS define a la negligencia como la “Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en cumplimiento de los deberes y misiones”.⁴⁵

La negligencia se deriva del defectuoso funcionamiento de la memoria y de la asociación, respecto de la atención, es así que la negligencia no recuerda el debido comportamiento.

El negligente deja de hacer algo que el deber de cuidado impondría hacer, no toma las precauciones necesarias para evitar el resultado lesivo del paciente, el negligente suele ser ocioso, torpe, lento.

Dentro del campo médico, la negligencia es un acto u omisión por parte del proveedor de asistencia médica que causa lesión o muerte a un paciente omitiendo el actuar dentro del estándar aplicable de cuidado.

El médico actúa negligentemente cuando falta de su parte una acción debida al brindar atención médica a su paciente, ya que está omitiendo las acciones necesarias, exigidas o exigibles para evitar un resultado fatal en el paciente, es decir que actúa con descuido y alejado de la prudencia, precaución y diligencia que la atención médica merece.

⁴⁵ G. CABANELLAS, *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.

La falta de acción debida del médico se origina en su desconcentración, descuido, pereza, abandono, lo que le evita al médico de actuar con conciencia de la consecuencia que va a obtener por no actuar debidamente.

El médico nunca debe caer en negligencia, pues él es un garante de los bienes jurídicos de los pacientes.

Por esta razón, las acciones que debe cumplir el médico siempre deben realizarse con conciencia, está dentro de las actividades a cumplir del médico el que ponga más allá de la atención requerida en cada momento que haga lo imposible para sanar al paciente, sin descuidar la vida del paciente, obrando siempre con diligencia.

2.5.1.2.1. Casos de negligencia médica

Algunos de los casos de negligencia médica más comunes que pueden ser encontrados en el desarrollo de las actividades relacionadas con la medicina, se detallan a continuación:

- Mala realización de los exámenes médicos básicos y el examen físico.
- No esperar en casos graves, el relevo por otro médico.
- Falta de aplicación de sueros o vacunas.
- Falta de protección cuando se realiza una radioterapia.
- No controlar al paciente una vez realizada una operación.
- No advertir cuales son los efectos colaterales del tratamiento.
- No informar a los familiares ni al paciente cual es su verdadera enfermedad.
- Entre otros

2.5.1.3. Impericia

A este término comúnmente se lo define como la falta de pericia. Empezando por que la pericia es aquella sabiduría, práctica, experiencia y habilidad exigible, en una ciencia o arte. Por lo tanto se la comprende como la falta total o parcial, de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina.

Es decir, es la carencia de conocimiento mínimos o básicos necesarios para el correcto desempeño de la profesión médica. También se lo puedo ver como una ineptitud, incapacidad, torpeza e incompetencia.

Los que se atienden con un profesional de la salud, suponemos que un médico que entiende que no puede hacerlo, debe referirnos a otro médico que nos brinde las atenciones necesarias. Esta es una norma aplicable también a los dentistas y otros profesionales de la salud. Si el médico no actúa conforme a lo expresado, podría incurrir en responsabilidad por impericia profesional.

No hay que confundir la impericia con la poca destreza del profesional, pues la escasa inteligencia, la deficiente práctica, falta de capacidad o de observación, no son por sí solas impericia, para constituir esta forma de culpa, debe resultar como condición conocida por el agente y como un obstáculo voluntariamente descuidado.

El ejercicio médico se lo realiza en un cuerpo vivo, no en cuerpo muerto, por tal razón el médico, antes de hacerse cargo del tratamiento, debe estar seguro de su capacidad y conocimientos. El médico debe tener toda la seguridad de que el tratamiento específico es el adecuado.

2.5.1.3.1. Casos de impericia médica

Entre los casos más comunes de impericia médica, se destacan los siguientes:

- No practicar los exámenes básicos por ignorancia, es decir, no realizar el examen de sangre a un sospechoso de leucemia y omitir por tal razón el tratamiento adecuado.
- Confundir el diagnóstico de una enfermedad con otra, a pesar de ser claras las manifestaciones clínicas.
- Prescribir por ignorancia dosis tóxicas o mortales.
- Administración de medicinas inapropiadamente.
- Entre otros.

2.5.1.4. Inobservancia de la ley

Es necesario aclarar que el legislador al hablar de ley, lo hace en el sentido amplio, es decir, no solo se refiere a aquellas leyes formales, también se refiere a las sustanciales o delegadas, cuya diferencia con la anterior está en que estas últimas no proceden del organismo legislativo pertinentes, en este puesto se ubican los decretos, las ordenanzas.

En este tema vemos que la conducta del médico está regulada, para que así su trabajo sea más cuidadoso, especialmente en aquellas actividades que existe un alto riesgo, así se trata de evitar que el peligro se convierta en un daño.

Es obligación del médico respetar la gran cantidad de normas, códigos, reglamentos y decretos relacionado con el ejercicio de la profesión médica, tales como el Código de Ética Médica, el Código de Salud y la Ley de Derecho y Amparo al Paciente, para así poder realizar una buena práctica médica.

Para que se dé la acción delictiva del médico por inobservancia de los reglamentos y deberes inherentes a su profesión, es necesario que el resultado lesivo en el paciente sea por la falta de acatamiento de dicha reglamentación.

2.5.2. Casos que involucran una acción culposa del médico

- Homicidio culposo. Muerte de la Menor.

Corresponde absolver del delito de homicidio culposo al imputado, ya que no obstante estar acreditado que la acusada no se sujetó a las normas del ejercicio médico y que de haber actuado como correspondía se hubiera disminuido el riesgo del síndrome de aspiración, en este caso, no se encuentra acabadamente corroborado que de emplearse el método de succión se habría evitado la invasión masiva del líquido amniótico meconal, que trajo como consecuencia el deceso de la menor.⁴⁶

- Culpa. Responsabilidad Médica.

En ningún terreno de la culpa como en el de la profesional médica, son de recomendar las más exquisitas precauciones a la hora de juzgar, no debiéndose

⁴⁶ (Argentina), citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad criminal médica*, Editorial García Alonso, Buenos Aires, 2005, p. 116.

creer que tal precaución y tal exquisitez sólo es recomendable en el momento de la decisión final condena o absolución, sino también cuando deban resolverse situaciones procesales como las del presente caso, ocasión q que es preciso examinar con cuidado las pruebas y concederles el mérito necesario u preciso para la consecución de una justa decisión.⁴⁷

- Negligencia. Falencia en el seguimiento posoperatorio. Mala Praxis.

No desplaza la culpa ni por tanto la responsabilidad, del médico que tenía a s cargo el seguimiento y control posoperatorio de un paciente, el hecho de la tardanza posterior al operarlo nuevamente, una vez que se diagnosticó su deterioro neurológico, producido por la negligencia del encargado al no evaluar los significativos síntomas que fue presentando la víctima.⁴⁸

- Impericia. Homicidio Culposo. Médico no especialista en anestesia. Inexistencia de estado de necesidad. Anestesia contraindicada.

Debe responsabilizarse el médico por delito de homicidio culposo, por haber actuado con impericia, al haber aplicado anestesia “epidural” a la víctima sin tener especialidad en la materia estando contraindicado en casos de pérdida de sangre y sin efectuar la constatación científicamente exigida en esos casos, ya que no tomó la presión venosa central ni realizó otra medición fuera de la tensión arterial.⁴⁹

2.5.3. Dolo en la práctica médica

El dolo en la práctica médica es muy debatible ya que consiste en “Las maquinaciones fraudulentas encaminadas a producir engaño en otra u otras personas”⁵⁰, es decir, la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. En la práctica médica se pueden dar ocasiones en que los profesionales, a sabiendas de los resultados que pueden obtenerse después de un tratamiento, no lo advierten o lo hacen conocer al paciente. Estos casos son comunes en las cirugías.

Es necesario hablar del dolo en esta investigación ya que si se busca la tipificación de la mala práctica médica, es necesario conocer si el médico puede caer en

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid, p.120.

⁴⁹ Ibid, p. 124.

⁵⁰ R. GOLDSTEIN. *Diccionario de derecho penal y criminología*. Segunda Edición. Astrea, Buenos Aires.

algún tipo de dolo, obteniendo sanciones muchas más severas que cuando incurre en la mala práctica médica por culpa.

El dolo en el desarrollo de las prácticas profesionales como la medicina y la justicia, constituye un factor operativo tendiente a implementar características que socaban bienes jurídicos de gran relevancia para la integridad social, tales como el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal, en virtud de los cuales, se determinan adicionalmente necesidades imperativas de regulación y sanción a ser impuestas por el Estado.

Como se sabe, ningún profesional de la salud atiende a su paciente para causarle un mal, de manera consciente y voluntaria, sin embargo, la mente humana puede tener otras intenciones, cambiando la forma prudente de actuar del médico.

El médico que actúa dolosamente, según MONTANELLI, “tiene cabal conocimiento de lo que hace, sabe muy bien qué está haciendo y quiere hacerlo. Tienen absoluto dominio y conocimiento sobre los actos ilícitos que realiza y prevé los resultados delictivos”⁵¹ Por tal razón es de suma importancia evaluar al delito doloso según la intencionalidad del galeno al cometer la infracción

Si en algún momento dado, el médico cae en la intención de causar la muerte, reúne el requisito de dolo directo, que ya sale del ámbito de la mala práctica, y tendría que considerarse como cualquiera de las otras figuras penales en la legislación. Se puede ver como un asesinato, ya que reúne con el requisito de que el paciente estaba indefenso.

Por tal razón, para que no sea tan extremo el juzgamiento y para no tener ningún tipo de confusión, pienso que es necesario que exista tan solo un tipo penal que regule la mala práctica médica en diversos casos, como cuando se haya cometido con dolo, o tan solo con culpa.

A continuación una breve definición de los tipos de dolo que encontramos en la materia.

⁵¹N. MONTANELLI, *Responsabilidad...*, op. cit p. 137

2.5.3.1. Dolo directo e indirecto

El dolo directo es el más común para todos, pues es aquel en donde se tienen la intencionalidad de causar el acto. SOLER manifiesta que “El contenido del hecho doloso está constituido por el conocimiento de los hechos actuales, de sus cambios y de los medios para lograrlos.”⁵².

El dolo indirecto es aquel para llegar al resultado que se quiere, se obtiene algunas consecuencias que no se desean.

El dolo indirecto se lo puede encontrar en el ejercicio de la profesión médica cuando “el hecho ha producido consecuencias distintas más graves que aquellas que se previó o pudo prever el acto”.⁵³

Es decir, se aplica en el caso del homicidio preterintencional, en el cual el médico interviene quirúrgicamente a su paciente a pesar de que no es necesario, para así obtener un beneficio además de los honorarios, y el paciente fallece.

2.5.3.2. Dolo eventual

El dolo eventual es el más común que encontramos en la mala práctica médica. En este tipo de dolo, el médico tiene conciencia de que es muy probable que su actuación conduzca un resultado dañoso al paciente, sin embargo actúa.

JIMÉNEZ DE ASÚA, citado por ARTEAGA, nos dice que “hay dolo eventual cuando el sujeto representa la posibilidad de un resultado que no desea pero cuya producción ratifica en última instancia”⁵⁴, es necesario que en este concepto se tenga en cuenta también el elemento de representación en la culpabilidad.

MONTANELLI también menciona al dolo eventual diciendo que este tipo de dolo:

⁵² S. SOLER, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1988, p.139

⁵³ J.R. MENDOZA TROCONIS, *Concepto de dolo, en la tentativa del dolo*, Estudios de Derecho Penal General, Editorial Jurídica Boliviana, Quito, 1993, p. 292.

⁵⁴ A. ARTEAGA, *Derecho Penal Venezolano*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, Caracas, 1998, p. 294.

[I]ncluye aquellas consecuencias que para el autor no son necesarias. Aun previendo el resultado disvalioso como probable o posible lo acepta. [...] El resultado no es directamente querido, pero tampoco deja de quererlo.⁵⁵

Como se dijo anteriormente, para formarse concepto de dolo eventual es necesario tomar en consideración el elemento representación en la culpabilidad.

La representación tiene cabida para la construcción del dolo y por ende, del dolo eventual. En efecto, cuando la intención va dirigida a un fin cierto, la estimación del dolo no ofrece duda. El individuo quiere matar a una persona, por ejemplo, y lo hace cumpliendo su determinada intención dirigida hacia el resultado deseable, es decir, hay dolo directo. Cuando entre la intención y el resultado interviene la duda, una incertidumbre, entonces existe dolo eventual.

Este actuar en duda está regido por la posibilidad, no por la seguridad, de que se llegue a un efecto desagradable que resulta ser antijurídico. El sujeto no sabe, si dicha consecuencia se producirá, y sin embargo, actúa. Este es el problema que constituye el nervio de la cuestión. En él se hallan mezcladas dos formas de la culpabilidad, dolo eventual y culpa por representación. El sujeto no ha tenido intención, no ha querido tampoco el resultado antijurídico pero sí se lo ha representado como posible en más o menos y no retrocediendo ante esta duda, actúa y el resultado típicamente antijurídico, o sea, el delito, se produce.

Por otra parte, ALTAVILLA indica que:

[Existe] dolo eventual o indeterminado cuando la intención se dirige indiferentemente a varios resultados, de modo que es como una ratificación anticipada a cualquiera de ellos que se realice. Es característico de los delitos de impulso, en que "el agente no ha visto con claridad la relación entre la conducta y el resultado"⁵⁶.

Por ejemplo, el que dispara contra un adversario, en una explosión imprevista de ira, no tiene la finalidad precisa de herir o de dar muerte, sino que quiere indiferentemente el uno o el otro resultado, de manera que, si se realiza el mayor, no se

⁵⁵ N. MONTANELLI, *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 140-141.

⁵⁶ E. ALTAVILLA, *La Culpa*, Editorial Temis S.A. Colombia, 1999. p. 80.

podrá afirmar como en el homicidio preterintencional, que la intención fue superada por el resultado; la superación implica una intención decididamente limitada a conseguir el resultado menor, mientras que en el dolo indeterminado el resultado mayor era querido de un modo indiferente respecto al menor.

Según el mismo autor, el dolo indeterminado se divide en dolo con resultado indiferente o con preferencia de resultado; en este segundo caso tiende indiferentemente al uno o al otro resultado, pero con preferencia a uno de los dos, como cuando se dispara para herir o para matar, pero preferiría solamente herir; lo cual no quita que la muerte del sujeto pasivo quede comprendida entre los resultados queridos. En esta segunda hipótesis muchos hablan de dolo eventual.

Para otros, la eventualidad debe referirse al daño, y así solo se debería hablar de dolo eventual cuando el resultado se prevé como posible, pero se espera que no se realice, o le es indiferente ese resultado.

Como puede observarse, en el estado actual de la legislación, el dolo eventual se confunde con la culpa con previsión, y por lo tanto, todo aconseja que se abandone esta nomenclatura equívoca.

Entonces, se puede volver a la representación del resultado; en el dolo indeterminado hay certeza de la realización de un resultado de daño, pero este resultado puede tomar varias formas: si hay indiferencia para la realización de estas, se tratará de un caso de dolo indeterminado con resultado indiferente; y si se concentra, con deseo más intenso, en uno de esos resultados, habrá dolo eventual con preferencia de resultado.

En conclusión, cuando la intención se dirige a ocasionar uno o más resultados, se hablará siempre de dolo determinado o indeterminado; y si el resultado, aunque haya aparecido como posible o probable, no era querido, se entrará en materia de culpa, agravada por la previsión en el segundo caso (resultado probable). El caso más común de dolo eventual dentro del ejercicio médico es cuando el médico realiza una intervención al paciente sin tomar ninguna precaución y poniendo en riesgo la salud del

paciente, y esta intervención fue realizada cuando el paciente no lo necesitaba. En este caso el médico obró de manera dolosa, ya que sabía que podía poner en riesgo la vida del paciente al momento de intervenir sin necesidad, y aún así lo hizo.

2.5.4 Culpa consciente versus dolo eventual

Siendo un tema confuso, es necesario plantearnos si el médico puede obrar con culpa consciente o con dolo eventual, aunque ya se menciona que el dolo eventual era el más usual dentro de las actuaciones dolosas, sin embargo puede haber ocasiones en que el galeno obre con culpa consciente.

El dolo siempre va a ser caracterizado por la voluntad del resultado, ya que es un acto esencialmente voluntario, mientras que la culpa tiene que ver con un resultado no querido⁵⁷, para todo esto, la línea que separa al dolo eventual de la culpa consciente es muy delgada.

En este punto es necesario hacer una distinción entre la culpa consciente y el dolo eventual.

Existen varias teorías que tratan establecer pautas sobre el dolo eventual para poder diferenciarlo de la culpa consciente. Una de las teorías que encontramos es la teoría del asentimiento, la cual profundiza con la voluntad. “Obra con dolo el sujeto que sabe que el resultado puede acontecer y, no obstante, emprende la acción, aceptándolo. Hay dolo porque concurren el conocimiento y el querer, los elementos del tipo objetivo. Hay culpa si el agente confía en que el hecho no acontezca”⁵⁸. Con esta teoría podemos ver que el que obra con culpa está confiado en el que puede evitar el resultado, por tal razón no lo acepta.

En otra teoría, encontramos a la Teoría de la Probabilidad, la cual tiene que ver con lo intelectual, es decir, con el saber. En esta teoría podemos apreciar que “no entra

⁵⁷ A. ARTEAGA. *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*. Decima Octava Edición, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 2005, p.98.

⁵⁸ M. A. TERRAGNI, *Estudios sobre la parte general del derecho penal*, Centro de Publicaciones, Secretaría de Extensión, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé-Argentina, 2000, p. 196.

a considerar la peligrosidad del agente sino el acto”⁵⁹, es decir, hay dolo cuando el actor de todas maneras realiza el acto, aun sabiendo que existe peligro, sin embargo estamos bajo culpa consciente cuando no toma en cuenta el resultado. Tiene que ver más con la estadística del resultado.

Finalmente, en la Tesis de Kaufmann encontramos que existe culpa consciente si “el autor [hace] algo para procurar que el resultado no acontezca”⁶⁰, esta tesis se refiere a las actuaciones positivas del actor. Este Tesis ha sido la más aceptada, ya que no tiene nada con lo estadístico, que muchas veces puede ser erróneo, o con la aceptación o rechazo del resultado.

Podemos concluir diciendo que tanto en el dolo eventual como en la culpa consciente, el sujeto activo no desea de manera directa el resultado antijurídico. Sin embargo, el dolo eventual exige la alta probabilidad de ocasionarlo, mientras que en la culpa consciente, el sujeto solo tiene una simple posibilidad de ocasionar el daño, ya que confía en que puede impedir el resultado antijurídico. En el dolo eventual, la aceptación equivale a la voluntad.

Encontramos culpa consciente cuando el sujeto tiene la confianza en que puede evitar el resultado antijurídico, esta consiente del resultado que puede producir su forma de actuar, sin embargo lo realiza con la confianza de que puede evitar el resultado dañoso.

Es importante establecer estas diferencias ya que el dolo eventual es parte de la penalidad de los delitos dolosos, mientras que la culpa consciente, por ser una modalidad de imprudencia, tiene que ver con los delitos culposos, que siempre serán más leves.

En esta investigación nos ayuda para poder determinar, mediante peritaje, bajo qué delito esta el profesional de la salud, por tal razón es necesario que la norma que

⁵⁹ Íbidem, p. 197.

⁶⁰ Íbidem, p. 197.

sancione la mala práctica médica, también tenga sanciones por el actuar doloso de los médicos, sabiendo diferenciar si existió o no culpa consciente o dolo eventual.

Con este capítulo se intenta demostrar que los profesionales de la salud si pueden actuar contrariamente a su fin, por lo tanto pueden incurrir en un delito, que lamentablemente no se encuentra tipificado en el Ecuador, sin embargo, pudimos apreciar que se pueden dar casos de culpabilidad. Con el análisis de estos elementos podemos apreciar que la mala práctica médica si constituye un delito que tan solo necesita la creación de una norma específica para que se conforme en sí un delito independiente.

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

3.1. Ecuador

En varios países, exceptuando Ecuador, la mala práctica médica es considerada un delito completamente independiente, estableciendo sanciones propias para este delito.

En el Ecuador, muchas entidades del sistema de salud pública y privada, han calificado a la mala práctica como una consecuencia de las equivocaciones del sistema de educación y en general de las políticas estatales que no atienden a la salud en toda su amplitud e importancia que tiene. Los casos que se han dado de mala práctica médica, han sido revisados de una manera superficial, dejando muchos vacíos dentro del tema.

La Ley Orgánica de la Salud, es el principal cuerpo normativo que regula al ejercicio de las profesiones médicas, afines y conexas, y al ser ésta una ley especial, la

autoridad competente para juzgar son en su orden: comisarios, jefes provinciales, directores regionales, Subdirector Nacional, Director Nacional y Ministro de Salud.

El problema no está en el profesionalismo, el problema está en la falta de compromiso del médico con la persona que se encuentra en sus manos.

3.1.1. Federación Médica Ecuatoriana

La Federación Médica Ecuatoriana es una persona jurídica de derecho privado, que está integrada por todos los médicos que ejercen legalmente la profesión en el Ecuador. La Federación Médica Ecuatoriana posee una legislación en donde regula y sanciona las conductas de los profesionales de Salud, siempre y cuando se conforme antes del juzgamiento un Tribunal de Honor.

El Tribunal de Honor se encarga de conocer y juzgar la conducta del médico, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar, de conformidad con las leyes.

Lamentablemente los Tribunales de Honor de los Colegios Médicos actúan con “fraternidad profesional”. Es decir, cubriendo al médico que lo necesita, o haciendo pagar al médico que no encaja en el grupo.

3.2. Chile

En la legislación chilena encontramos disposiciones de quienes pueden ejercer legalmente la medicina dentro de sus cuerpos legales, dando sanciones a las personas que ejercen de manera ilegal la medicina y estableciendo sanciones para quienes cometan una mala práctica médica ejerciendo la medicina ya sea de forma legal o ilegal.⁶¹

⁶¹ Cfr. H. SILVA SILVA. *Medicina Legal* y... pp. 606-608.

3.2.1. Ejercicio legal de la medicina

Chile tiene un Código Sanitario en donde establece que quienes pueden ejercer la medicina son los que posean el respectivo título otorgado por la Universidad de Chile u otra universidad reconocida por el Estado.

Además del título profesional, que es un requisito básico, la persona no puede ejercer conjuntamente las profesiones de médico-cirujano y las de farmacéutico. Es decir, que las personas no pueden mezclar su ejercicio de la profesión con los intereses comerciales.

3.2.2. Ejercicio ilegal de la medicina

El ejercicio ilegal de la medicina se encuentra en el Código Sanitario como también en el Código Penal chileno.

3.2.2.1. Código sanitario

El ejercicio ilegal del profesional de la salud es considerado cuando una persona, sin tener un respectivo título como ya se mencionó, formula diagnósticos, pronósticos o tratamientos a paciente, de manera directa o indirecta.

Las personas que trabajen con profesionales de salud y que no tengan un título en Medicina, pueden realizar algunas de las actividades que se señalaron, siempre y cuando haya una súper vigilancia médica.

3.2.2.2. Código penal

En el Libro II de dicho cuerpo legal, tenemos a los Crímenes y simples delitos y sus penas; dentro del Título VI del mismo capítulo, encontramos a los Crímenes y Simples Delitos contra la salud Pública, expresando que "...el que, careciendo de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión ... será penado con presidio menor en grado

medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales” Los actos propios de esta profesión se dan cuando:

- La persona diga que es profesional de la salud sin estar facultado.
- La persona ofrece sus servicios por medio de publicidad.
- Una persona realiza diagnóstico, lleva a cabo intervenciones quirúrgicas, ejecuta actos que exigen el conocimiento y técnica de tales profesionales.

3.2.3. Mal ejercicio profesional

Así la persona este facultada para desempeñar sus funciones como un profesional de la salud, será sancionada cuando ofrezca la cura de cierta enfermedad por medio de fórmulas ocultas o sistemas infalibles.

En cuanto a la negligencia, el profesional de salud que cause daño a una persona por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, tiene una sanción.

En un caso de negligencia médica, si se solicita que ésta sea sancionada de manera criminal, lo más probables es que se le subsuma dentro de un cuasidelito de lesiones o de homicidio.

Actualmente en Chile, las universidades chilenas tratan de otorgar y dar garantía de idoneidad para el país a la condición de especialista, lo que ha sido un avance fundamental.

Además se ha creado la Comisión Nacional de Certificación de Especialidades Médicas. Con este sistema, se otorga una certificación de preparación en una especialización. En Chile los casos han sido tratados de acuerdo a la determinación del delito culposo o del delito doloso.

3.3. España

En España si esta determinado las responsabilidades no solo penales, sino también las civiles y administrativas de los médicos. La mala praxis es determinada como una figura que atenta a la vida humana y la salud, pero además se establecen

castigos severos debido a que el gobierno realiza una tarea que siempre ha sido tratada de imitar en otros países, el sistema de seguridad social le proporciona toda la atención médica de primera u de igual forma le proporcionan todos los medicamentos que se requirieren para el tratamientos.

Los casos de mala práctica médica hasta los años 70 eran muy escasos. Sin embargo han ido incrementando. Alguno motivos pueden ser “la socialización de la medicina, que ha traído consigo el deterioro de la relación médico-enfermo, los abogados oportunistas que incitan a los enfermos a presentar reclamaciones [...], etc”⁶².

3.4. Argentina

El Código Civil Argentino contempla la responsabilidad emergente de la mala praxis y la obligatoriedad de su resarcimiento económico y de la prestación asistencial reparadora en caso de ser requerida, insertándola dentro de los Títulos de las Obligaciones, de los Hechos Jurídicos y de las Obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos.

Aunque 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.

Efectivamente durante el año 1993 la Cámara de Diputados sancionó dicho proyecto, que, entre otra gran cantidad de innovaciones a la legislación existente, expresaba que los profesionales de la salud debían ser quienes demostraran su actuación con pericia, prudencia y diligencia ante la acusación de los sujetos pasivos de la mala práctica médica.

Favorablemente, por medio de la intervención de la Asociación Médica Argentina, se logró que el Presidente de Argentina vetara el proyecto de la codificación.

⁶² L. TORRES. *Tratado de anestesia y reanimación*. Arán Ediciones, Madrid, 2001, p.69.

En cuanto a lo penal, el cuerpo normativo que regula esta materia, tipifica a la mala praxis de modo específico, a través de los delitos de homicidio culposo, y de lesiones culposas, que de ella, la mala praxis, se deriven y, sanciona a quienes resulten culpables con penas de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión que haya generado la muerte.

En Argentina la pena por muerte culposa va de un mínimo de prisión por seis meses a un máximo de cinco años e inhabilitación especial entre cinco y diez años. Esta misma pena se la aplica para las personas que han matado a otras por conducir en exceso de velocidad.

Esta pena fue cuestionada por el hecho de que a pesar de ser delitos totalmente diferentes, reciben la misma pena. La Asociación Médica Argentina intervino, por un lado informo que la toma de decisiones en casos de mala praxis, la harán las Asociaciones Médica, Universidades nacionales y médicos en general, y por otro lado, advirtió al Congreso Nacional que no se puede comparar a un conductor de automóvil y su manejo con el trabajo de un profesional de la Salud.

Gracias a esta intervención, este proyecto de ley fue modificado, dando al Código Penal la facultad de sancionar la Responsabilidad Legal de los profesionales en casos que tengan que ver con la mala praxis.

3.4.1. Jurisprudencia

La jurisprudencia argentina aquellos casos de mala práctica médica que no se pueden encontrar tipificados, sin embargo dan una solución. Con esto podemos ver en qué posición se encuentra Argentina al momento en que se le presentan casos de este tipo. Estos ejemplos demuestran que no existen vacíos legales al momento de resolver sobre alguna mala práctica médica, ya que poseen jurisprudencia en donde demuestran las formas en que se deben resolver los casos al momento en que se presenten diferentes tipos de problemas.

Por ejemplo, tenemos una resolución en cuanto a la responsabilidad conjunta del anestesista con el cirujano, en donde se declara la relación de dependencia que existe. En este caso, existe una relación de dependencia entre el cirujano y el anestesista cuando el daño se ha producido por negligencia o impericia del anestesista. El cirujano es quien debe dirigir y vigilar a los miembros del equipo.⁶³

Por otro lado encontramos otro de los tantos casos que encontramos es una Jurisprudencia que confirma que la actividad del cirujano no termina al momento de salir del quirófano, al contrario, esta se extiende después de la operación, al momento que el operado ya esté recuperado.

3.5. Asociación médica mundial

Esta Declaración fue adoptada en 1922, en la 44ª Asamblea Médica Mundial en Marbella España. En algunos países, existe un aumento de las demandas por negligencia médica y las asociaciones médicas nacionales buscan alguna manera de parar este problema. En otros países, las demandas por negligencia médica son muy raras, como hemos visto en España, sin embargo las asociaciones de estos países deben estar en alerta para que las demandas no aumenten.

En esta declaración, la Asociación Médica Mundial informa a las asociaciones médicas nacionales sobre hechos y problemas que se relacionan con las demandas por negligencia médica. Las leyes de cada país, deben influenciarse por esta declaración. Lo importante de esta declaración es que todos los países se acojan, pues lo que se trata es de que ya no se violente contra el bien jurídico que es la vida.

Esta declaración manifiesta que:

⁶³ (Argentina) Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 25 de Julio de 1994. (caso Romero, norma y Otros C/R. N. S. S. P. J. Y P. S/Daños y Perjuicios). <http://ar.vlex.com/vid/romero-norma-n-s-p-j-perjuicios-35100384>, consultado el 21 de mayo del 2011.

El aumento de demandas por negligencia médica puede ser el resultado, en parte, de una o más de las siguientes circunstancias:

- El progreso en los conocimientos médicos y de la tecnología médica permite que los médicos logren proezas que eran imposibles en el pasado, pero estos logros implican nuevos riesgos que pueden ser graves en varios casos.
- La obligación impuesta a los médicos a limitar los costos de la atención médica.
- La confusión entre el derecho a la atención, que es accesible, y el derecho a lograr y mantener la salud, que no se puede garantizar.
- El papel perjudicial que a menudo representa la prensa, al incitar la desconfianza en los médicos y cuestionar su capacidad, conocimientos, conducta y control del paciente y al sugerir a éstos que presenten reclamos en contra de los médicos.
- Las consecuencias indirectas del desarrollo de una medicina defensiva, producidas por el aumento del número de demandas.
- Así mismo, se debe hacer una distinción entre la negligencia médica y el accidente durante la atención médica y el tratamiento, sin que haya responsabilidad del médico.
- La negligencia médica comprende la falla del médico a la conformidad de las normas de la atención para el tratamiento de la condición del paciente, o falta de conocimiento, o negligencia al proporcionar la atención del paciente, que es la causa directa de un accidente al paciente.
- Un accidente producido durante un tratamiento médico, que no se pudo prever y que no fue el resultado de falta de conocimiento por parte del médico tratante, es un accidente desafortunado del cual el médico no es responsable.

Esta declaración busca que cada gobierno se preocupe mucho más en la educación de los futuros médicos, ya que en manos de ellos esta nuestra salud y sobre todo de nuestra vida; una de las formas en que los gobiernos puede implementar una salud mejorada es a través del uso de los avances tecnológicos y conocimientos médicos, dando una educación de acuerdo a la actualidad.

3.6 Otras legislaciones.

Encontramos a la mala práctica médica regulada también en Colombia y Costa Rica.

En Colombia observamos que la responsabilidad médica es de medio y no de resultado: es decir, el médico no tiene la obligación de garantizar la salud del paciente, pero si debe otorgarle todas las acciones necesarias para su mejoría. Solo es de resultado en los casos de cirugías estéticas, pues aquí es donde el paciente busca obtener un resultado notorio.⁶⁴

En Costa Rica podemos ver que la mala práctica médica es de carácter culposo, y comprende cuatro supuestos, que son: la imprudencia, la impericia, la negligencia, y la inobservancia.⁶⁵ Así mismo encontramos que la revelación del secreto médico es reprimida con prisión. Lo que se busca en Costa Rica es que se mejore la relación médico-paciente, ya que muchos de los casos que se presentan ahí son por falta de confianza⁶⁶.

⁶⁴ W. RUÍZ. *La responsabilidad médica en Colombia*. http://www.puj.edu.co/banners/LA_RESPONSABILIDAD.pdf, consultado el 21 de mayo del 2011.

⁶⁵ E. VARGAS ALVARADO, *Medicina Legal*, Segunda Edición, Lehmann Editores, San José-Costa Rica, 1980, p.399.

⁶⁶ N. ARAYA JÁCOME, C.J. VALERIO MONGE, *Mecanismos de prevención de mala práctica médica: un enfoque basado en la experiencia costarricense*. *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal* 7, p. 33.

CAPÍTULO IV

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

4.1. Marco jurídico

En el Ecuador existe normativa que permite al médico ejercer de una manera responsable su profesión, es decir, ésta normativa ayuda a que el profesional se mantenga dentro de los parámetros apropiados para realizar un buen trabajo, sin realizar una mala práctica. Por tal razón, en estas normativas no existen sanciones penales, que recaigan a la figura de la mala práctica médica.

Existen varias leyes que hablan sobre los médicos, sin embargo, existe un vacío en cuanto a la materia penal ya que, como veremos a continuación, algunas leyes hablan de la forma en que deben actuar los profesionales de la salud.

Así mismo, no está de más mencionar, que en el Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, se hace referencia en cuanto a la carencia de un tipo penal sobre la mala práctica médica en donde el Ernesto Albán Gómez mencionó que

“[E]l alcance de las normas penales en materia de mala práctica médica y los correspondientes deberes de los jueces y autoridades estatales

conforme a las normas penales. Indicó que en Ecuador no existe una legislación que se refiera a la mala práctica médica, salvo en un aspecto muy específico y puntual contenido en la Ley de Derechos y Amparo al Paciente (Ley No. 77 de 3 de febrero de 1995). Informó a la Corte sobre la existencia de varias normas y leyes que regulan la conducta de los médicos que a su criterio no están actualizadas; y puntualizó que éstas son de carácter administrativo o disciplinario y no penal.⁶⁷

Entre las normas que regulan el ejercicio profesional de los médicos encontramos:

- Ley de la Federación Médica Ecuatoriana. Decreto Supremo No. 3576-A de 17 de julio de 1979; Reglamento a la Ley de Federación Médica Ecuatoriana, Acuerdo Ministerial No. 1460 de 26 de febrero de 1980.
- Reglamento de Concursos para la Provisión de Cargos Médicos a Nivel Nacional, Decreto Ejecutivo 1082 de 20 de noviembre de 1989.
- Código de Ética Médica, Acuerdo Ministerial No. 14660-A de 17 de agosto de 1992;
- Ley de Derechos y Amparo del Paciente, Ley No. 77 de 3 de febrero de 1995.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, Ley No. 80 de 25 de septiembre de 2002.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, Decreto Ejecutivo No. 3611 de 28 de enero de 2003.
- Ley Orgánica de Salud, Ley No. 67 de 22 de diciembre de 2006.

A continuación veremos que expiden algunas de las leyes, códigos y reglamentos mencionados con anterioridad.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf, Consultado el 21 de mayo del 2011.

4.1.1. Ley orgánica de salud

Publicada en el Registro Oficial No. 158, del 8 de febrero de 1971, y actualizada en agosto del 2006, este cuerpo legal contiene en su Título XI del ejercicio de las profesiones médicas Afines y Conexas, los requisitos formales que debe cumplir el profesional de la salud para estar facultado a brindar atención médica a sus pacientes. Es decir, que todo profesional de la salud debe tener un título académico otorgado por el lugar de estudio, y que sólo ejercerá dentro del área que le permita su título.

Así mismo, se menciona las conductas que no deben realizar los médicos, como: prestar su título, comercializar alimentos.

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 la Ley Orgánica 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, se aplica lo dispuesto en el art. 226, el cual dispone que se corra traslado a la autoridad competente en casos que tenga indicios de responsabilidad penal.

Pero es en este instante que a pesar del avance legislativo que tenemos, la perspectiva no es diferente, ya que se remite a la autoridad competente pero se la juzga dentro de los tipos penales existentes, dejando de lado quizá el sujeto activo del profesional de la salud, que debe cuidar la vida, la integridad, la salud de su paciente, y no lo hizo en la mayoría de casos por culpa, y tal vez también por dolo en sus obligaciones.

Este cuerpo legal, como podemos apreciar, deja un gran vacío en cuanto no especifica a la mala práctica médica como una infracción que vaya más allá del ejercicio profesional, sino a la persona que fallo frente a su paciente, por tal razón no existe una figura legal que permita reclamar a la autoridad competente de una manera justa y apegada al Derecho.

4.1.2. Ley de los derechos y amparo al paciente

Siendo la Ley No. 77, publicada en el Registro Oficial Suplemento 626 del 3 de febrero de 1995, encontramos todos los derechos que tienen los pacientes ya mencionados en el Capítulo II, entre los cuales encontramos, la atención digna, no ser discriminados, la aplicación de confidencialidad entre el paciente y el médico, información acerca del procedimiento médico que se va aplicar, a ser informado, a elegir el tratamiento e incluso establece la obligatoriedad de atender a un paciente en estado de emergencia, sin ningún tipo de condición.

Sin embargo, en esta ley no encontramos a la mala práctica médica como una figura legal expresa, y tampoco sanciona o establece un tratamiento específico para la violación de las garantías del paciente, resultado del accionar de manera indebida por parte del galeno, pero hay que aclarar que sirve de fundamento para cualquier reclamo dado por una mala práctica médica, no obstante, no permite instaurar un proceso concreto contra quien haya realizado la mala praxis a su paciente. Tampoco sanciona al profesional de salud que obro de manera errónea.

La única sanción que podemos encontrar es la estipulada en el art. 13 que dice que "...los responsables de un centro de salud que se negaren a prestar atención a pacientes en estado de emergencia, serán sancionados con prisión de 12 a 18 meses y, en caso de fallecimiento del paciente desatendido, con prisión de 4 a 6 años".

4.1.3. Código de ética médica

Este código se refiere más a una presión moral sobre el médico, menciona las conductas apropiadas que deben tener para ejercer una buena práctica médica, y de esta manera realizar un buen trabajo y no poner en riesgo la vida del paciente. Una de las obligaciones principales que establece este Código, es la conservación de la vida del paciente, respetando los principios consagrados en la declaración de los Derechos Humanos. Básicamente en este código encontramos las responsabilidades que tiene el médico frente al paciente.

4.1.4. Código penal

En este código encontramos aquellas normas punitivas de un Estado, básicamente dentro de este cuerpo legal encontramos lo que está prohibido en el Estado, todo lo que se encuentre en este código es delito, caso contrario no es delito.

El único artículo que podemos encontrar algo específico sobre los médicos es el 436, que habla sobre el suministro de medicamentos que pongan en riesgo la salud del paciente. En este caso encontramos una sanción de prisión de seis meses a un año. En caso de que se cause una enfermedad incurable, la prisión será de uno a tres años, y en caso de producir la muerte, la prisión será de tres a cinco años.

Sin embargo, en este cuerpo legal no encontramos una regulación para la mala práctica médica en sí, pero en caso de que se presente un delito de mala práctica médica que haya producido la muerte en el paciente, se aplica el art. 459 que nos habla sobre el homicidio inintencional, que se presenta cuando el mal causado ha sido el resultado de la falta de previsión o de precaución de la persona, es decir, la muerte se dio sin la intención de atentar contra otro. O en el caso de lesiones, se tomará en cuanto los artículos que hablan sobre lesiones, que se encuentran en el Capítulo II del Título VI de los Delitos contra las Personas.

4.2. Deliberada mala práctica médica

La deliberada mala práctica sucede por ejemplo cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación innecesaria en la que sabe que se pondrá en peligro o causará la muerte al paciente a su cargo.

En este caso existe el componente del dolo, ya que sabe que pondrá en peligro al paciente al momento de intervenir inesesariamente, sin embargo, aunque se pruebe que la actuación fue dolosa del médico, se lo seguirá juzgando como un delito culposo. No obstante, pienso que es necesario que se estipulen los supuestos en donde puede haber dolo para que se proceda de manera diferente. Es decir, que la sanción sea diferente del

médico que cometió una actuación culposa con el médico que realizó una acción dolosa.

4.2.1. Mala práctica médica

Es importante considerar que en la mala práctica se deben analizar dos tipos de delito, los dolosos, que es el conocimiento de todos los elementos de la infracción y de la voluntad de realizarlos; y el tipo imprudente, cuya característica es la vertiente subjetiva por la ausencia del dolo y en la objetiva por la infracción de la norma del cuidado debido.

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.

Si bien es cierto que la mayoría de los casos reúnen los requisitos de los delitos culposos, existen supuestos que a pesar de ser culposos, tienen otros elementos claves, que podrían conducir a un dolo.

Nuestro Código Penal en el art. 449 nos dice que homicidio es “la intención de causar la muerte de una persona”. Al hablar de intención, claramente estamos observando que existe una voluntad. La regla general en la profesión médica es que ningún profesional de la salud actúa con voluntad de causar daño a su paciente, sin embargo existen casos en donde el médico actúa deliberadamente en contra de su paciente provocándole un mal, a sabiendas de que su actuación va a conducir a un resultado peligroso para el paciente.

A continuación veremos nuevos casos en donde puede existir una mala práctica médica.

4.3. Abandono del paciente

Puede existir el caso en que un médico abandone a una persona. El abandono de la persona implica que existe una omisión de auxilio, actuando con dolo porque existe una intención de dañar, ya que se conoce y no se actúa. Además el médico está creando una situación de peligro, pues al no actuar está dejando que el paciente muera.

En la omisión de auxilio, los médicos no crean la situación de peligro ni se coloca en ella a la persona, sino que la encuentran en la situación de peligro ya instalada y sin riesgo personal. Este tipo de omisión aparece en el abandono de la persona, y se puede decir que es una infracción que comete el médico que es llamado a actuar, sin embargo se niega a prestar sus servicios sin justa causa.

DI CATALADO señala que el abandono de un paciente aparece al momento en que no se brinda el auxilio necesario en el momento deseado.

Se entiende por necesario que la calidad del auxilio a prestar debe ser la suficiente para solucionar o evitar el peligro existente, y conforme a las circunstancias de medios, tiempo, modo y lugar. *Omisión de auxilio* es la infracción que comete el médico que es llamado y que se niega, sin justa causa a prestar sus servicios.⁶⁸

Este delito puede darse de diferentes formas, como por ejemplo cuando al paciente lo trasladan a un lugar donde ya no es atendido, sin ningún cuidado, dejando a un lado su necesidad de los servicios médicos. También encontramos este abandono cuando se priva al sujeto pasivo de los auxilios, atenciones o tratamientos que venía llevando a cabo hasta la fecha.

Estas dos situaciones generan un estado de peligro, es necesario que el abandono del paciente sea sancionado, ya que se pone en peligro a la salud del paciente. El médico que abandona a su paciente cuando lo necesita, está poniendo en riesgo una vida, siendo un objeto tutelado.

⁶⁸ V. DI CATALADO, <http://www.estudio-dicataldo.com.ar/articulos/medica>. *Mala Praxis: Abandono de persona y omisión de auxilio*. 2005.

4.4. Médicos con licencia inhabilitada

El tema de el ejercicio ilegal de la medicina es muy polémico, ya que al no ser un profesional de la salud, no es parte de los sujetos activos que cometen mala práctica médica, sin embargo pienso que es muy importante que esta persona sea juzgada dentro de un delito independiente por una mala práctica.

Así por ejemplo, los sujetos activos de un ejercicio ilegal de la medicina son:

- Persona que carece del título médico.
- Persona con título médico pero sin autorización.
- Persona que tiene el título de médico y autorización, pero que incurre en circunstancias ilícitas.

Las circunstancias son las condiciones que se consideran como un ejercicio ilegal de la medicina como es la habitualidad, la promesa de curación a término fijo o por medios secretos infalibles, prestar el nombre a otra persona que no posee un título o una autorización, hacer que un auxiliar que no es médico realice actos médicos, como por ejemplo dejar que un enfermero realice la cirugía que supuestamente debe hacer el cirujano.

Este delito lo encontramos en casos de curanderismo, en donde una persona sin poseer título, publicitan sus actuaciones⁶⁹, así mismo los que abusan de un título legítimo para atacar la salud pública en general.

Otro caso que ya involucra a un profesional de la salud, es cuando una persona con título para ejercer la profesión de medicina, presta su nombre a otra para que ejerza la profesión de la medicina sin estar capacitado, en esta caso estamos ante un delito doloso, pues el médico propietario de su título, tiene el conocimiento de quien va a ejercer la profesión en su nombre carece a más de conocimientos, de títulos habilitantes o autorizaciones para desarrollarlas de manera legal.

⁶⁹ Cfr. N. MONTANELLI, *Responsabilidad criminal...*, op. cit., p. 201.

GÓMEZ RIVERO señala la gravedad que existe en el intrusismo, es decir, cuando la persona no tienen un título que habilite al profesional a practicar su ejercicio, indica que:

La menos grave sería la atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin que el sujeto lo posea y sin que ejerza actos propios de la profesión; la segunda el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial; la tercera, el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico; la cuarta, el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por el título que le habilite para el ejercicio.⁷⁰

Es obvio que al hablar de profesionales de salud, la gravedad del intrusismo es del tipo cuarto, ya que para ser médico se necesita del título académico con un permiso que le faculte prestar sus servicios.

Siendo este un tema muy importante, en donde participan profesionales de la salud y no profesionales de la salud, es muy importante que se lo tipifique en un capítulo penal dedicado solo a la mala práctica médica, ya que de esta forma se obtendrá un procedimiento más seguro ante las personas que realicen este tipo de actos, sancionado a la persona que prestó su licencia, y también a la persona que la utilizó.

4.5. Errores profesionales

Es muy común escuchar casos en donde se ha hecho una operación errónea, aunque en este sentido, sea bastante difícil determinar si tales errores provienen de aspectos culposos relacionados con el profesionalismo del médico correspondiente, o si los referidos resultados provienen de acciones dolosas que devienen necesariamente en el cometimiento de un delito mucho más grave que el simple hecho de una equivocación involuntaria, aunque los resultados sean los mismos, así mismo, no es de

⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN. *La responsabilidad penal del médico*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. p. 695

impactarse si alguna vez se ha escuchado que a una persona le han intervenido por operarle la pierna izquierda, y le operan otro lugar.

Estos casos son muy comunes y lo único que se puede demandar en caso de que se produzca la muerte, es por un homicidio inintencional, lo cual desde el punto de vista estrictamente jurídico, constituye un error muy serio, ya que puede configurarse un ámbito de impunidad cuando la acción haya derivado de la intención misma de irrogar daño al paciente. Y en caso de que existan tan solo lesiones, se recogerá al tipo penal de lesiones. Sancionando al médico como una persona normal.

Si bien es cierto, el galeno no tiene la intención de causar semejante daño, sin embargo, los civiles supones que una persona que ha estudiado largos años, no debe cometer este tipo de errores básicos, y si los comete, es cierto que es inintencionalmente, pero no puede tener la misma sanción que una persona que no ha estudiado medicina.

Cabe suponer que al estudiar medicina, debe tener mayor responsabilidad en sus actuaciones, y por lo tanto, mayor precaución, por lo tanto no puede ser sancionado de la misma manera que una persona común.

CAPÍTULO V

INVESTIGACIÓN DE CAMPO

5.1. Diseño de la investigación

La temática abarcada en la presente investigación se encuentra caracterizada porque el enfoque sobre el cual se sustenta, está basado en un parámetro crítico por una parte y propositivo por otra.

En este sentido, es preciso señalar que en virtud de los dos parámetros señalados en el párrafo precedente, se busca configurar un diagnóstico y análisis respecto de la problemática circunscrita a implementación de un sistema de administración de justicia circunscrito al control y sanción del dolo en la práctica médica, que se configure bajo la responsabilidad del Estado así como también de los centros de salud privado y profesionales médicos en general.

En cuanto al factor crítico de la investigación que se hace referencia anteriormente, debe manifestarse que se ha estructurado como consecuencia de que

considera como guía o modelo para su desarrollo una amplia gama de esquemas y perspectivas tanto doctrinarias jurídicas como médicos.

Por su parte, el enfoque propositivo está basado en una derivación directa de la propuesta alternativa que se busca plantear para el mejoramiento del sistema de justicia ecuatoriano respecto de una práctica médica eficiente y adecuada.

En este sentido, es imperativo diseñar un marco legal, con la finalidad de adaptar nuevos métodos, técnicas y recursos apropiados de acuerdo a la naturaleza del Derecho referido a la práctica médica y la administración de sistemas institucionales que garanticen el cumplimiento integral de los derechos ciudadanos, esto, en base a experiencias supranacionales que han demostrado su valía y eficacia en otros sistemas legales de la región latinoamericana, puesto que su funcionalidad es muy similar a la del país debido a las similitudes de cultura, educación, economía, religión, tendencias políticas, etcétera y en consecuencia, factible de aplicarla a la realidad nacional y sus inherentes necesidades.

Cabe señalar que este enfoque adicionalmente, está constituido por directrices prácticas de comprensión, interpretación y explicación referentes a la problemática en cuestión, las cuales a su vez, pretenden ser analizadas y contradecidas para que en virtud de los resultados obtenidos, generar una propuesta que marque y represente a partir de su aplicación, cambios cualitativos y cuantitativos en la problemática planteada.

En virtud a la naturaleza del proyecto, el estudio se realiza o es aplicado en profesionales del Derecho que se hallan registrados en el Colegio de Abogados de Pichincha, funcionarios del Ministerio Público de Pichincha y funcionarios Judiciales.

Con el fin de elaborar un estudio integral y objetivo respecto de la problemática abordada, la investigación propuesta está basada de acuerdo a las modalidades que se plantean en el siguiente esquema.

5.1.1. Investigación de Campo

La problemática social generada a partir de prácticas médicas dolosas, como es el caso del ejercicio profesional sin la licencia respectiva o la falta de preparación en áreas determinadas, etcétera, que se ha suscitando a lo largo de varias décadas en el Ecuador y que actualmente se halla en pleno apogeo como consecuencia de la decadente, inadecuada o nula aplicación de los métodos, técnicas e instrumentos de control estatal en este sentido, así como de la administración institucional corrupta y viciada de prácticas atentatorias a los Derechos Humanos de los individuos sometidos a ciertos regímenes de servicio de salud, tal es el caso de la falta de atención en determinadas clínicas u hospitales, han sido estudiadas de manera sistemática en el ámbito social y judicial del Distrito Metropolitano de Quito.

5.2 Población y muestra

La población universal y muestra que ha sido aplicada en la siguiente encuesta, está determinada en base a los parámetros detallados a continuación:

5.2.1. Población

El presente estudio ha sido aplicado el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, específicamente en los siguientes grupos de trabajo o estudio:

- Profesionales del Derecho en libre ejercicio registrados en el Colegio de Abogados de Pichincha al 2010.
- Funcionarios y empleados judiciales que laboran en las diferentes judicaturas penales del distrito de Pichincha.
- Fiscales de la Fiscalía de Quito.

De los cuales:

- 76 fueron abogados en libre ejercicio
- 17 fueron funcionarios y empleados judiciales, y,

- 7 fueron fiscales.

En base a los datos consignados anteriormente, se determina que la población o universo relativo al ámbito judicial en la ciudad de Quito y que constituye el universo poblacional para el desarrollo de la presente investigación, es de catorce mil quinientos individuos.

5.2.2. Muestra

Para efectos de la presente investigación, es preciso recalcar que el universo total o población está constituida por catorce mil quinientos individuos, de los cuales se tomará una muestra aleatoria en base a la aplicación de la fórmula que se encuentra detallada en el siguiente esquema:

$$n = \frac{N}{E^2 (N - 1) + 1}$$

n = tamaño de la muestra

N = tamaño de la población

E = error máximo admisible en cálculo muestral

En este caso los datos son los siguientes:

N = 14500

E = 0.1

Por lo tanto:

$$n = \frac{14500}{0.1^2 (14500 - 1) + 1} = \frac{14500}{144.99}$$

n = 100

Es decir, la muestra sobre la cual va a ser aplicada el estudio respectivo, está constituida por 100 individuos a los cuales se les ha aplicado la investigación de manera directa.

La investigación fue realizada en la ciudad de Quito. Se la realizó tan solo ha profesionales del Derecho para tener una opinión más concreta sobre la regulación del tema de la mala práctica médica. Si se la hubiera realizado a profesionales de la Salud, los resultados hubieran sido totalmente diferentes a los que veremos en las encuestas realizadas.

5.3 Encuestas

Para obtener datos concretos y que ilustren adecuadamente la realidad imperante en la que se desarrolla el sistema administrativo del sector justicia y servicios adecuados de salud en el Ecuador, tanto en el sector privado como estatal, en la presente investigación se plantea una encuesta direccionada a cubrir los aspectos más significativos de la temática en análisis.

Para la encuesta se tomo en cuenta a una población de 14500 individuos que pertenecen, aproximadamente, a todos los funcionarios judiciales, personal del Ministerio Público y los Profesionales del Derecho registrados en el Colegio de Abogados de Pichincha.

Partiendo de este número se obtuvo una muestra de 100 personas y la finalidad es establecer un marco referencial acerca de los niveles de aplicación del actual modelo de administración.

El modelo de la presente encuesta véase en el anexo.

5.3.1 Resultados

Pregunta 1

¿Considera usted que las responsabilidades generadas de la práctica médica se encuentran reguladas adecuadamente en la legislación ecuatoriana?

Resultado:

Tabla 1

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	33	33%
No	67	67%

El 67% de los encuestados considera que la legislación no regula adecuadamente los parámetros relativos a la práctica médica, esto en contraposición al 33% que está de acuerdo con la normativa actual. Con estos resultados podemos apreciar que dos tercios de los encuestados creen que la práctica médica, sea dolosa o imprudente, no se encuentra regulada, dejando vacíos legales y creando un gran problema al momento en que se tenga que resolver un caso de estos.

Pregunta 2

¿Estima necesaria la implementación de un marco legal que regule la práctica médica y sancione el cometimiento de errores, sean estos de carácter culposos o dolosos?

Resultado:

Tabla 2

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	71	71%
No	29	29%

El 71% manifiesta que se requiere de un marco jurídico que regule y sancione la práctica médica caracterizada por el dolo, mientras que el 29% cree que tal hecho no es necesario. Podemos observar que casi tres cuartos de los encuestados creen que es necesaria la implementación de un marco legal en donde se encuentra tipificada la mala práctica médica.

Pregunta 3

¿Cree usted que las responsabilidades generadas por el ejercicio de la práctica médica deben ser civiles, administrativas y penales según sea el caso?

Resultado:**Tabla 3**

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	63	63%
No	37	37%

La responsabilidad por prácticas médicas dolosas deben ser de alcance en áreas como la penal, civil y administrativa, tal como lo establece el 63% de los encuestados, quienes piensan que alguien debe responder por las faltas que ha cometido el profesional de la salud. Mientras que el 37% opina lo contrario, dejando a un lado la responsabilidad en caso de una mala práctica médica.

Pregunta 4

¿Cree usted que el Estado debe tener responsabilidad solidaria respecto de la práctica médica que genere daños a terceros?

Resultado:**Tabla 4**

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	21	21%
No	79	79%

De acuerdo al 79% el Estado no debe mantener responsabilidad solidaria por prácticas dolosas de la medicina, en contraposición al 21% que piensa que es necesario que el Estado se haga cargo.

Pregunta 5

¿Está de acuerdo en que el ejercicio profesional de la medicina sea evaluado periódicamente por parte del Estado a fin de garantizar la prestación de servicios de salud de óptima calidad?

Resultado:

Tabla 5

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	78	78%
No	22	22%

El 78% considera que es necesaria una evaluación periódica por parte del Estado a fin de garantizar el servicio de salud, ayudando a evitar graves faltas en los hospitales, además de que se los obligaría a los médicos a poner mayor cuidado al momento de poner en práctica su profesión. Con una evaluación periódica, el Estado se puede asegurar que los profesionales médicos están cumpliendo con sus funciones de una manera correcta. Por otro lado podemos observar que el 22% no está de acuerdo con la evaluación periódica por parte del Estado ecuatoriano.

Pregunta 6

¿Considera necesaria la implementación de sistemas de control que optimicen y garanticen el acceso a un servicio médico eficiente?

Resultado:**Tabla 6**

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	86	86%
No	14	14%

La gran mayoría, esto es, el 86% considera que es necesario implementar sistemas de control más efectivos que garanticen el acceso a servicios médicos adecuados. Con este resultado podemos ver que existe una gran preocupación en cuanto al sistema de salud, pues al creer que es necesario implementar sistemas de control más efectivos, se está demostrando que dentro de los lugares de salud, no se está brindando un servicio efectivo por parte del galeno hacia su paciente. Mientras que el 14% considera que esto no es necesario.

Pregunta 7

¿Cree usted que existe una mala práctica médica dolosa?

Resultado:**Tabla 7**

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	94	94%
No	6	6%

El 94% de los encuestados considera que la práctica médica dolosa se configura en el Ecuador, en tanto que el 6% sostiene lo contrario. Con este resultado podemos apreciar que la población cree que si existe una mala práctica médica dolosa, dejando a un lado la imprudencia por parte del médico y la inintencionalidad. Cabe señalar que esta encuesta fue realizada específicamente a profesionales del Derecho, por lo tanto

debemos asumir cual es la diferencia entre dolo y culpa, lo cual nos hace reflexionar y pensar en la necesidad de implementar un marco jurídico que se encargue de sancionar a las faltas de los médicos por dolo.

Pregunta 8

¿Está de acuerdo en implementar un organismo judicial que se encargue de determinar pericialmente el dolo y el mal ejercicio de la práctica médica?

Resultado:

Tabla 8

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	63	63%
No	37	37%

El 63% cree que es necesario implementar un organismo judicial que desarrolle pericias para establecer la práctica médica dolosa, en tanto que el 37% considera innecesaria tal acción. Al obtener este resultado apreciamos que no existen peritos que determinen cual fue la causa de la muerte del paciente, si fue por dolo o por imprudencia. La implementación de peritos especializados en este tema es muy importante, ya que de esta manera se podrán resolver casos de práctica médica de manera eficaz, así mismo, vamos a saber de qué manera obró el galeno responsable del cometimiento da una mal ejercicio de su profesión.

Pregunta 9

¿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?

Resultado:**Tabla 9**

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	93	93%
No	7	7%

El 93% de los encuestados respondieron afirmativamente, lo cual demuestra que no existe en la ciudad lugares en donde se pueda realizar consultas y que brinden asesoría a las víctimas de una mala práctica médica. Mientras que el 7% respondió lo contrario.

Pregunta 10

¿Cree usted que la mala práctica médica debe ser estipulada como delito en el Código Penal?

Resultado:**Tabla 10**

Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Si	87	87%
No	13	13%

El 87% considera que este tipo de acciones deben ser estipuladas como delito en el Código Penal, mientras que el 13% opina de manera contraria. Esto nos deja claro en que la población sin duda está preocupada acerca de este tema, y para que no existan vacíos legales, es necesaria la estipulación de la mala práctica médica como delito en el Código Penal.

5.3.2 Conclusiones de la encuesta

Una vez analizada la encuesta podemos sacar diferentes conclusiones que son:

- Se requiere de un marco jurídico que regule y garantice el derecho de cada ecuatoriano a acceder a un servicio de salud óptimo y basado en la calidad y excelencia.
- Es responsabilidad estatal y social impulsar las medidas pertinentes para que se adopte por parte del poder legislativo los cambios necesarios a fin de plasmar esta meta.
- La gran mayoría de los encuestados piensa que si existe una práctica médica dolosa, la cual no se encuentra debidamente regulada en el Ecuador.
- Así mismo, se debería implementar ayuda por parte del Estado que brinde la asesoría adecuada para saber qué hacer en un caso de mala práctica médica.

CONCLUSIONES

1. En el Primer Capítulo hemos mencionado a los antecedentes de la mala práctica médica, observando que en las civilizaciones antiguas si se sancionaba a los presuntos errores médicos, y estas sanciones se encontraban en el Código de Hammurabi. La sanción por el error de un médico era que a tal médico le debían cortar las manos.

Así mismo, existían sanciones más radicales en donde el médico también debía remediar el daño resultante de la mala práctica médica ocasionada.

Más adelante en esta misma época, la mala práctica médica se llegó a sancionarla con la pena de muerte del galeno que haya infringido en su actuación, y en caso de abandono del paciente, la sanción era la crucifixión.

En la Época Moderna ocurre un caso que fue llevado al Tribunal de Donfort, en donde el padre del recién nacido atendido por el Dr. Helie denunció la imprudencia del doctor al no tratar de corregir la posición del niño al momento de nacer, sino amputar los brazos que estaban localizados afuera de la vulva de la madre. El tribunal resolvió

que el médico actuó de manera imprudente y tuvo que pagar una pensión vitalicia del menor.

En el Ecuador hemos visto casos como el del Dr. Bolaños, el cual operó los meniscos de la pierna equivocada.

Es necesario establecer a la mala práctica médica como un delito independiente a aquel del homicidio inintencional o al de lesiones. Se puede decir que en todos los tiempos ha habido la misma preocupación porque el médico trabaje de manera correcta sin dañar al paciente.

La figura del médico ha estado presente en toda la historia de la humanidad. En este último siglo las demandas han ido creciendo, creando un estado de alarma para la población.

La mala práctica médica se la puede definir como toda acción médica que es errada de acuerdo a la opinión que emiten los expertos médicos, dejando a un lado la opinión del paciente o de sus allegados. Estamos ante mala praxis médica al momento en que la actuación del facultativo médico es inadecuada, es decir, el médico no se ajusta a los criterios de la *Lex Artis*, que son aquellos criterios de actuación adecuada. La mala práctica médica implica una actuación con descuido, imprudencia, impropiedad, negligencia. Es decir, en el delito de la mala práctica médica se debe castigar las actuaciones de los galenos al momento de que no haya cumplido con la *Lex Artis*.

La doctrina nacional en estos casos se ha limitado a señalar la existencia de actos dolosos y culposos, de homicidios intencionales e inintencionales, todo esto derivado de la conducta de los médicos.

La mala práctica médica es una suma de actos que son realizados por un profesional de la salud y cuya principal consecuencia es la muerte de las personas o la causa de lesiones injustificadas, en nuestro sistema no se contempla este delito como un delito independiente, siendo asimilado siempre con los delitos ya mencionados con anterioridad.

Existe un gran debate en torno a la mala práctica médica ya que al no haber un tipo penal específico que sancione a esta conducta, el jurista frente al cometimiento de este delito no puede aplicar ninguna pena, ya que “Ningún delito, ninguna pena sin ley previa”, dejando en la impunidad a aquellos profesionales de la salud que han ido en contra de su obligación de prever la salud del paciente.

La Constitución y la Ley Orgánica de Salud están regidas por los principios de equidad, integralidad, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoques de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético. Al haber bienes jurídicos afectados, la mala práctica médica debe ser vista como un delito independiente, ya 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, incluso a la economía personal, 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, 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.

2. En el caso de la mala práctica médica, el sujeto activo no es cualquier persona capaz, es tan solo el profesional médico, ya que su conducta está regida con mayor responsabilidad, debiendo realizar sus actuaciones con mayor previsión, diligencia y su necesario deber de cuidado, además de apegarse a las normas y códigos de ética médica. Además los médicos tienen ciertos derechos y deberes hacia sus pacientes; los deberes de los médicos aparecen ya que de alguna forma el paciente debe ser protegido en distintas ocasiones, no solo porque su salud está en riesgo, sino también porque moral y dignidad pueden ser afectadas, como es el deber que tiene el médico al secreto profesional.

Entre las obligaciones que encontramos de los sujetos activos son: Confidencialidad o secreto profesional, que se refiere a que la información que sea dada por parte del paciente a su médico debe ser estrictamente confidencial, únicamente debe ser

conocida por el médico tratante. La obligación de dar una información clara y verdadera se refiere a que el galeno de todas las alternativas posibles para salvar al médico siempre y cuando ese sea su fin, salvaguardar la vida del paciente. Así mismo, el consentimiento informado del paciente es una obligación fundamental porque es el paciente quien va a someterse al tratamiento, y por lo tanto es él quien debe conocer los riesgos y posibilidades de éxito en el tratamiento que se le quiera aplicar.

Igualmente, el principal objetivo del médico es procurar el bien del paciente. Por lo tanto debe realizar todo tipo de práctica que sea necesaria para que el paciente no muera. Todos estos deberes y obligaciones deben ser respetadas por el galeno ya a esto se obliga al momento de firmar la Declaración de Ginebra.

El sujeto pasivo en esta práctica es sin duda el paciente, sin embargo, al estar hablando de la mala práctica médica que produce la muerte en el paciente, los sujetos pasivos son los familiares del difunto.

Se debe dejar en claro que una persona no puede reclamar daños a un hospital por mala práctica médica, ya que una persona jurídica no puede ser un sujeto activo, además que los profesionales de la salud son aquellos que tienen un título que certifica que tal persona puede ejercer el ejercicio profesional de la salud. Dentro de los sujetos encontramos a los activos, que son los médicos y profesionales de la salud, y a los pasivos, que son los pacientes, y en ciertas ocasiones familiares.

Ambas partes tienen derechos y obligaciones que cumplir. De la misma manera crean una relación que exige de ambos ciertas actitudes recíprocas, como se da en el caso de los contratos. Existe un contrato en donde el médico se compromete a prestar sus servicios, y el paciente debe pagar por estos servicios brindados. Como en todo contrato, las partes tienen deberes y obligaciones. Así mismo, el médico tiene responsabilidades directas, compartidas y solidarias en las intervenciones que realiza. Y de la misma manera tiene responsabilidades médicas contractuales y extracontractuales.

Si bien es cierto que la mala práctica médica es considerada como un delito culposo e imprudente, pueden existir casos que estamos ante dolo, siendo el más

común, el dolo eventual. Nos encontramos con dolo eventual al momento en que un médico, especializado en neurología, opera a corazón abierto a una persona, si bien es cierto no tiene la intención de causar el daño, sin embargo el conoce que no es su área de trabajo, y aún así lo hace produciendo la muerte, el médico obró con dolo eventual. Conoce, sabe que puede incurrir en ciertos riesgos, sin embargo acepta el resultado.

Se sanciona indirectamente, al profesional de la salud que atenta contra los bienes jurídicos protegidos del paciente en base de otros tipos penales sin embargo, no se sanciona al médico en su calidad de profesional de la salud, ya que no se considera como parte del tipo penal al hecho fundamental de quien ocasiona el daño en un profesional de la salud que tiene la obligación de precautelar el bienestar del paciente.

3. El Ecuador es uno de los pocos países en donde la mala práctica médica no es un delito independiente, es decir, en donde no encontramos normativa única sobre la práctica médica, llevando a resolver casos de manera muy superficial y de varias formas.

En este país podemos observar que la justicia, en el caso de mala práctica médica, persigue el delito del homicidio inintencional, lo que claramente contradice a los avances del Derecho Penal, ya que el Derecho Penal se encarga de tipificar todo tipo de acto para que no se cree una falencia y vacío dentro de las normas.

La Ley Orgánica de la Salud es el principal cuerpo normativo que se encarga de regular el ejercicio de los profesionales médicos. Al ser ésta una ley especial, las autoridades competentes para juzgar son: comisarios, jefes provinciales, directores regionales, Subdirector Nacional, Director Nacional y Ministro de Salud.

La Federación Médica Ecuatoriana, aunque tiene una legislación en donde regula y sanciona las conductas de los galenos, no es del todo transparente, ya que se podría decir que actúan con “fraternidad profesional”, además que sus sanciones son de carácter administrativo.

En Chile por ejemplo, podemos ver que tiene sus propios códigos en donde se establecen quienes pueden ejercer la medicina, así mismo en donde se sancionan los

actos que provienen de un mal ejercicio de la medicina. En este país se tiene bien claro quiénes están dentro del ejercicio legal de la medicina; quienes caen dentro del ejercicio ilegal de la medicina, las sanciones que tiene esta falta grave; y las sanciones al estar en el mal ejercicio de la medicina.

En España, al haber castigos tan severos y por tratar de mantenerse al mismo nivel que todos sus países vecinos en cuanto a la Seguridad Social, los casos de mala práctica médica existen, sin embargo se cree que se dan por aprovechar las indemnizaciones que se dan a los pacientes que han tenido un caso de mala práctica médica.

En Argentina encontramos en el Código Civil que se debe resarcir económicamente por el daño ocasionado, además de que hay una responsabilidad emergente. Además que su cuerpo legal penal si sanciona específicamente a la mala praxis. Igualmente podemos ver que existen artículos en donde se responsabiliza a los médicos por mala praxis médica, y además tienen la obligación de indemnizar económicamente a sus familiares. Así mismo, encontramos varias Jurisprudencias que abarcan este tema, responsabilizando a los médicos por su mal obrar.

La Asociación Médica Mundial ha emitido una Declaración, que aunque fue adoptada en 1922, lo que se busca es que ya no se violente contra el bien jurídico que es la vida, buscando que cada gobierno se preocupe en brindar una educación de calidad a aquellas personas que quieran ser profesionales de la Salud, además de que se logró implementar nuevas tecnologías que ayuden a las personas con su salud.

Finalmente vemos que en Colombia y en Costa Rica también existe una norma específica que regula a la mala práctica médica, y que recoge ciertos aspectos que sancionan al médico como es la revelación del secreto médico.

Con todo este concluimos en este capítulo, que existen varios lugares en donde se regula a la mala práctica médica, con el fin de parar estos casos, de todos estos ejemplos dados, en el Ecuador es el único lugar en donde no se encuentra tipificado este delito, siendo muy necesario.

4. En el Ecuador existe normativa que faculta al galeno a ejercer su profesión de manera responsable. En el Ecuador la normativa que regula la profesión médica es la Ley Orgánica de la Salud, Ley de los Derechos y Amparo al Paciente, y el Código de Ética Médica, entre otras. Sin embargo esta normativa se enfoca en que el profesional de la salud se mantenga dentro del margen para realizar un buen trabajo, mas no para sancionarlo en caso de que tenga una conducta contraria a lo que han señalado las “reglas del juego”. Así mismo, las sanciones que encontramos hacia los médicos, son sanciones administrativas, donde muchas veces también se actúa con “fraternidad profesional”.

Lamentablemente en el Código Penal no encontramos ningún tipo de protección al sujeto pasivo en caso de mala práctica médica. Si bien es cierto que la Constitución protege el tema de salud, no encontramos sanciones concretas en situaciones en donde exista una mala práctica médica, ya sea deliberada, errónea o negligente. Al no haber una legislación específica, no hay un criterio uniforme, por lo tanto no existe un tipo de guía para que los tribunales sepan cómo actuar ante un caso de mala práctica médica.

La justicia en el caso de la mala práctica médica persigue el delito del homicidio inintencional, o al delito de lesiones, lo que claramente contradice los avances del Derecho Penal que tiende a tipificar los actos de una manera para que no exista vacíos y lagunas en las normas. Si bien es cierto que encontramos artículos en el Código Penal que tienden a proteger el secreto del paciente, o las lesiones, de cómo proceder ante los médicos o boticarios que suministren sustancias que pongan en riesgo a la salud de las personas, con esto no basta, ya que estamos ante personas que se han preparado a lo largo de varios años para cuidar la salud de quien lo necesite, por tal razón es necesario que se proceda específicamente contra el profesional de la salud, y que no sea tomado como una persona común.

Así mismo es necesaria la creación de una norma específica, pues pueden existir supuestos en donde encontremos un mala práctica producida con intención, como es el caso de que el médico se rehúsa a trabajar con otro médico por razones personales, dejando a un lado el cumplimiento de su deber que es la atención eficaz de la salud.

A pesar de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano garantiza una prestación médica eficiente y de calidad, no podemos encontrar sanciones concretas en contra del profesional de la salud que lesiona los bienes jurídicos fundamentales del paciente como es la vida, debido a su accionar irresponsable. Si bien es cierto que existe una sanción, la sanción es indirecta, se sanciona en base de otros tipos penales que no juzgan al médico en su calidad de profesional de la salud.

5. Finalmente, en la investigación de campo que encontramos en el quinto capítulo, podemos apreciar la necesidad de que exista un marco legal que regule este tipo de actividades, además de que también el Estado brinde mayor seguridad y mayor control en cuanto a las casas de Salud. Esta encuesta fue realizada a abogados y fiscales, con el fin de conocer que piensan ellos en cuanto a la normativa entorno a la práctica médica. Se cree que los resultados obtenidos de esta encuesta fueran totalmente diferentes si se hubiera realizado estas preguntas a profesionales de la Salud.

En este capítulo observamos que las personas piensan que no existe una normativa adecuada en cuanto a las regulaciones de la práctica médica, creyendo necesario la implementación de un marco legal que regule esta actividad en caso de que la práctica médica se cometa por error, culpa o dolo. Así mismo se ve que las personas creen que las responsabilidades generadas por esta actividad deben ser civiles, administrativas y penales.

Muy poca gente piensa que es el Estado el que debe responsabilizarse con los terceros afectados por la mala práctica médica, sin embargo piensan que el Estado debe evaluar el ejercicio de la medicina, ya que solo de esta manera se podrá garantizar una

prestación de servicios de óptima calidad, implementando sistemas de control y además que estos sistemas garanticen el acceso a un servicio médico eficiente.

En cuanto al dolo en la práctica médica, un número impactante considera que existe. Por lo tanto ven necesario que un organismo judicial se encargue de determinar, por medio de peritos, si existe dolo, culpa, imprudencia, o error en la actividad médica que ha conducido al daño en el paciente.

Por último podemos apreciar que las personas están inconformes en cuanto a la asesoría y representación legal que se brinda a las víctimas de mala praxis, piensan que es necesario que se encarguen de este tema las organizaciones privadas de la salud y el Estado ecuatoriano por medio de la Función Judicial. Todo esto nos conduce a que la mala práctica médica debe ser específicamente estipulada como delito en el Código Penal.

RECOMENDACIONES

- Para que exista una disminución en los reclamos médicos, es necesario que exista un sistema de prevención que debe contener la mayor información para los pacientes, para que ayude al paciente a tomar una decisión al momento en que ingrese al cuidado del médico.
- Es importante que la historia clínica que llevan los médicos, esté realizado de una manera correcta ya que con la historia clínica se puede respaldar su desempeño, y dejando a un lado la sospecha de que existió una mala práctica médica.
- La mala práctica médica, ya sea de lesiones o que causa la muerte en el paciente, se la debe considerar dentro de la Legislación Penal Ecuatoriana, ya sea por negligencia, dolo, imprudencia o impericia de los profesionales.

- El país debe respetar los acuerdos y convenios firmados, así mismo debe hacerlos cumplir.
- Los casos que se han dado por una mala práctica médica deben ser analizados para así impulsar reformas al Código Penal que tipifiquen este delito, además para que los médicos conozcan que su manera de obrar, en ciertas ocasiones, pueden ser sancionadas severamente.
- Es necesario que el país demuestre, por medio de investigaciones, que sus profesionales de la Salud están plenamente capacitados.
- Es recomendable la creación del capítulo “De la mala práctica médica”, dentro de los Delitos Contra las Personas del Código Penal. Dentro de este capítulo se deberá explicar en qué consiste la mala práctica médica. Así mismo determinar la sanción por el grado de lesión que tuvo el paciente o en caso de producir la muerte. En este mismo capítulo se debe crear un artículo que señale las sanciones para lo que obran como médicos no teniendo la licencia habilitante. Además se deberá sancionar a quienes abandonen al paciente, y quienes hayan actuado por dolo eventual.
- Es importante también, que existan peritos especializados en este tema, pues en muchas ocasiones vamos a tener el conflicto entre el dolo eventual y la culpa consciente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAVILLA, ENRICO. *La Culpa*, Cuarta Edición. Editorial Temis S.A., Colombia, 1999.
- ARAYA JÁCOME, NATHALIE Y VALERIO MONGE, CARLO JOSÉ. *Mecanismos de prevención de mala práctica médica: un enfoque basado en la experiencia costarricense*. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal 7.
- ARTEAGA, ALBERTO. *Derecho Penal Venezolano*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, Caracas, 1998.
- ARTEAGA, ALBERTO. *La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible*. Décima Octava Edición. Editorial Jurídica Alva, S. R. L. Caracas-Venezuela. 2005.
- BENZO CANO, EDUARDO. *La responsabilidad profesional del médico*. Escelier, Madrid, 1994.

- BOCKELMANN, P. *Las bases jurídicas y los límites legales de la medicina*. Recht und Medizin. Darmstadt. 1990.
- BURÓN, JAVIER. *Psicología del Médico Forense: la investigación del delito*, Editorial Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1997.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- CARDONA HERNÁNDEZ, ALFREDO. *Ética médica y moral profesional*, Copiyepes, Medellín, 1985.
- DI CATALADO, VANESA. *Mala Praxis: Abandono de persona y omisión de auxilio*. Editora Platense. Buenos Aires. 2005.
- GAFO, J. *Trasplantes de órgano: problemas técnicos, éticos, legales*. Ediciones de la Fundación Humanismo y democracia. Madrid. 1996.
- GÓMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN. *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GUZMAN LARA, ANÍBAL. *Diccionario Explicativo del Derecho Penal, tomo II*.
- HIGHTON, ELENEA. *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2003.
- JACOVELLA, PATRICIO. *Buena/Mala praxis médica en cirugía estética*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1956.
- KOLLAR, *Journal of Pediatric Health Care* 14. 2000.
- LARA, F. *Código de Hammurabi; estudio preliminar, traducción y comentarios*, Editorial Tecnos, Madrid 1986.
- MAGRO SERVET, VICENTE. *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, La Ley, Madrid, 2007.
- MEINCKE, MARÍA JOSÉ. *La mala praxis médica. Relaciones entre ética, derecho y medicina. Consecuencias penales e imputación objetiva*, Ediciones AD-HOC, Buenos Aires, 2001.

- MENDOZA TROCONIS, JOSÉ RAFAEL. *Concepto de dolo, en la tentativa del dolo*, Estudios de Derecho Penal General, Editorial Jurídica Boliviana, Quito, 1993.
- MONTANELLI, NORBERTO. *Responsabilidad criminal médica*, Editorial García Alonso, Buenos Aires, 2005.
- RHODAS, P.S. *Instructivos para el paciente con enfermedades terminales*. Ediciones de la Asociación Americana de Medicina. Número 192. p. 1695
- RODRÍGUEZ JORDÁN, MARCELO. *Mala Praxis Médica: Responsabilidad penal, civil y administrativa*, Ediciones de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Buenos Aires, 1999.
- SALTOS, PAULINA. *Mala práctica médica*. Revista Novedades Jurídica N.1. Ediciones Legales.
- SERPA FLOREZ, ROBERTO. *Obra Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- SILVA SILVA, HERNÁN. *Medicina legal y psiquiatría forense. Psiquiatría forense Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1995.
- SOLER, SEBASTIÁN. *Tratado de Derecho Penal Argentino*. TEA. Buenos Aires. 1988.
- TERRAGNI, MARCO. *El delito culposo en la praxis médica*, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.
- THIELICKE, H. *Ética Médica.*, Editorial PS, Covarrubias, Madrid.
- VARGAS ALVARADO, EDUARDO. *Medicina Legal*. Segunda Edición. Lehmann Editores. San José-Costa Rica. 1980.
- VELÁSQUEZ, JULIO. *Relación transaccional medio paciente*. Tercer Taller del I Congreso de la Sociedad Andaluza de Medicina Psicosomática. 14 de mayo de 1999.
- VILLALBA LOMBANA, JAIME. *Derecho penal y responsabilidad médica*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín-Colombia. 2007.

- VON RECKOW, A Y CARRILLO, P. *Notas de Medicina Legal*, Ediciones de la Universidad Central del Ecuador, Quito, 1998.
- ZUCCHERINO, RICARDO MIGUEL. *La praxis médica en la actualidad*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2000.

ANEXOS

ANEXO 1

SEÑALAR CON UNA X EN LA RESPUESTA ESCOGIDA

¿Considera usted que las responsabilidades generadas de la práctica médica se encuentran reguladas adecuadamente en la legislación ecuatoriana?

Si..... No.....

¿Estima necesaria la implementación de un marco legal que regule la práctica médica y sancione el cometimiento de errores, sean estos de carácter culposos o dolosos?

Si..... No.....

¿Cree usted que las responsabilidades generadas por el ejercicio de la práctica médica deben ser civiles, administrativas y penales según sea el caso?

Si..... No.....

¿Cree usted que el Estado debe tener responsabilidad solidaria respecto de la práctica médica que genere daños a terceros?

Si..... No.....

¿Está de acuerdo en que el ejercicio profesional de la medicina sea evaluado periódicamente por parte del Estado a fin de garantizar la prestación de servicios de salud de óptima calidad?

Si..... No.....

¿Considera necesaria la implementación de sistemas de control que optimicen y garanticen el acceso a un servicio médico eficiente?

Sí..... No.....

¿Está usted de acuerdo con que los centros de salud y profesionales médicos independientes, garanticen el cumplimiento efectivo de su trabajo mediante la intermediación de seguros, con la finalidad de prever factores como la mala práctica médica?

Sí..... No.....

¿Cree usted que existe una mala práctica médica dolosa?

Sí..... No.....

¿Está de acuerdo en implementar un organismo judicial que se encargue de determinar pericialmente el dolo y el mal ejercicio de la práctica médica?

Sí..... No.....

¿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?

Sí..... No.....

¿Cree usted que la mala práctica médica debe ser estipulada como delito en el Código Penal?

Sí..... No.....