



FACULTAD DE DERECHO

**AUTONOMÍA DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA COMO DELITO CONTRA
LA VIDA**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
para obtener el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía

Dr. Álvaro Román Márquez

Autor

CARLA NATALIA SUÁREZ JURADO

Año

2011

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA:

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiantes, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente”.

Dr. Álvaro Román

DIRECTOR

C.C. 170726178-8

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE:

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Carla Natalia Suárez Jurado
C.C. 172079035-9

AGRADECIMIENTOS

A Dios,
Por la bendición de la vida
y la capacidad de hacer de ella
algo grande;
A mi familia,
Por su amor infinito y su apoyo
incondicional;
A la Universidad de las Américas,
Por abrirme sus puertas al
conocimiento;
A mis mejores amigas y amigos;
Este camino no hubiese sido el
mismo sin ustedes a mi lado.
A mis profesores y compañeros,
Por extenderme su mano amiga
de manera desinteresada;
A todos quienes formaron parte
de esto.

Mil gracias.

DEDICATORIA

A mis padres, a mis hermanos
y a mis abuelas

Quienes labraron este camino
junto a mí.

Las madrugadas y los desvelos,
Las sonrisas y las preocupaciones,
La satisfacción de la calificación
justa y

La amargura de la injusta,
La emoción del principio y la
nostalgia del final,

Valieron la pena porque ustedes
las compartieron conmigo.

Los amo.

¡Lo logramos!

RESUMEN

AUTONOMÍA DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA COMO DELITO CONTRA LA VIDA

La interrelación de personas es una consecuencia inevitable de la sociedad, los sujetos desarrollan actividades que suplen las necesidades de los demás y así logran mejorar sus condiciones de vida. A lo largo de la historia del ser humano tanto las sociedades como las actividades han evolucionando produciendo situaciones no contempladas que necesitan ser reguladas pues tienen un efecto en las personas como individuos y como un conglomerado. La medicina, es una de estas actividades y alrededor del mundo se ha intentado regularla puesto que la misma ha producido efectos dañinos en la sociedad cuando supera el riesgo aceptado y se convierte en la mala práctica médica.

La mala práctica médica ha entrado en la esfera del Derecho Penal siendo catalogada como un delito imprudente por varias legislaciones, las mismas que han analizado las diversas teorías del delito llegando a la conclusión de que la Teoría Funcionalista es la más adecuada para desglosar el delito y la imputación objetiva el medio más idóneo para sancionar un acto de mala práctica médica. Este acto lesivo para la vida de las personas también se encuentra presente en el Ecuador y lastimosamente no existe norma o ley alguna que lo controle efectivamente.

Para suplir ese vacío en la legislación ecuatoriana se ha planteando la creación de un tipo penal específico que abarque los elementos valorativos del tipo penal que propone la Teoría de la Imputación Objetiva y así se pueda regular a la mala práctica médica y sancionarla debidamente de ser necesario. La creación de este tipo penal se sustenta en el hecho de que la analogía de la mala práctica médica a un delito de homicidio inintencional y/o lesión inintencional no ha solucionado en nada esta problemática que afecta a la sociedad, por el contrario ha hecho que la misma incremente al suponerse cierta impunidad ante estos actos que no son penados apropiadamente por la Justicia Penal.

SUMMARY

The interrelationship of people is an inevitable consequence of the society, individuals develop activities that satisfy the necessities of the others, and that is how people improve their quality of life. Along human being's history, not only societies but also activities have changed, creating new situations that weren't expected and need to be regulated because they can cause damage in humans. Medicine is one of those activities that has changed. Around the world many countries had regulated the medicine science it has produced harmful effects on people becoming a medical malpractice act.

The medical malpractice act entered the Criminal Law sphere when it was cataloged by many jurisdictions around the world as a reckless crime. These jurisdictions have analyzed the different theories of the felony, concluding that Functionalist Theory is the most appropriate to analyze the crime and that objective imputation is the best way to punish the medical malpractice act.

Ecuador is not exempt of medical malpractice acts, but sadly, this country doesn't have any law or regulation that handled these types of acts in a right way.

To fill this lack of regulation there is a proposal of a specific criminal offense that contains the evaluative elements of the crime that are explained on the Objective Imputation Theory and solves the medical malpractice issue.

The creation of this specific criminal offense is supported on the fact that the use of similar crimes such as unintentional murder or unintentional injury doesn't solve the problem of a medical malpractice act. Instead, it entails a degree of impunity because these acts are punished in an inappropriate way or not punish at all.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	2
1. LA SOCIEDAD Y LA MEDICINA.....	2
1.1 Sociedad Actual.....	2
1.2 Sociedad del Riesgo.....	12
1.3 Actividades de Riesgo	19
1.3.1 La Medicina, una actividad de riesgo.....	30
CAPÍTULO II	35
2. LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	35
2.1 ¿Qué es la mala práctica médica?	39
2.1.1 Elementos	40
2.2 Responsabilidad por mala práctica médica	42
2.3 Responsabilidad penal por mala práctica médica.....	44
CAPÍTULO III	48
3. EL DELITO IMPRUDENTE	48
3.1 Teoría Causalista	49
3.2. Teoría Finalista.....	51
3.2.1 Infracción del deber de cuidado	54
3.2.2 Resultado típico	58
3.2.3 Nexo de causalidad entre la acción/omisión y el resultado.....	60
3.2.4 Imputación Objetiva.....	64
3.3 Teoría Funcionalista	65
3.4 Teoría de la Imputación Objetiva	67
3.4.1 Riesgo permitido	68
3.4.2 Capacidad de prever el daño.....	72
3.4.3 Principio de confianza	75
3.4.4 Prohibición de regreso	77
CAPÍTULO IV.....	80
4. JUZGAMIENTO DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN ECUADOR.....	80

4.1 Principios generales del Derecho Penal	80
4.1.1 Principio de Legalidad.....	81
4.1.2 Principio de Proporcionalidad.....	83
4.1.3 Principio de Irretroactividad de la norma penal.....	85
4.1.4 Principio del Debido Proceso.....	86
4.2 Mala práctica médica como un delito autónomo	87
4.3 Necesidad de creación de un tipo penal específico	91
4.3.1 Propuesta del tipo penal de mala práctica médica.....	91
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	93
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES	96
BIBLIOGRAFIA	98
ANEXOS	103

INTRODUCCIÓN

Con el propósito de comprender el estado real de la Medicina frente al Derecho, y más concretamente frente al Derecho Penal se ha considerado necesario realizar un estudio de la misma desde su lugar de origen, la sociedad. El componente social es de trascendental importancia para la presente investigación pues son la sociedad y el individuo quienes dan origen a la ciencia médica y a su vez, son quienes perciben los resultados positivos y/o negativos de la misma. El esquema de la *sociedad del riesgo* es el que permite catalogar como riesgosa a cierta actividad, y es ese riesgo el que determina la necesidad de sancionarla o no. Por lo tanto el punto de partida de la presente será la interrelación de sujetos desde la óptima de la *Sociedad del Riesgo*.

Establecida la existencia de dicha sociedad es menester analizar las teorías del Derecho Penal que surgen entorno a la regulación de las actividades riesgosas, que al entrar en este campo (penal) se transforman en delitos imprudentes, como por ejemplo la actividad médica cuando se convierte en *mala práctica médica*. En algunas legislaciones se ha optado por regular a los delitos imprudentes, especialmente a la mala práctica médica mediante la Teoría Funcionalista o *Teoría de la Imputación Objetiva*; situación que será sujeta de análisis a fin de establecer si es la mejor opción.

Tomando en cuenta que la mala práctica médica es una realidad que se presenta en el mundo y el Ecuador no está excluido es eso, se estudiará la situación actual de la mala práctica médica en el Ecuador y los elementos de un acto de mala práctica médica a fin de comprender la responsabilidad penal que ésta conlleva y se elaborará una propuesta de tipo penal para la misma.

CAPÍTULO I

1. LA SOCIEDAD Y LA MEDICINA

1.1 Sociedad Actual

La relación existente entre el Derecho y la Sociedad es innegable, pues el primero es un reflejo de la segunda.

Los países del mundo en su afán de mejorar sus condiciones de vida han oscilado entre las más diversas corrientes del Derecho para lograr la armonía en su interrelación. Hablando específicamente del Derecho Penal en la sociedad, éste se ha manifestado y ha sido aplicado de muchas maneras, partiendo del Welfarismo penal hasta llegar a las políticas criminales en las sociedades tardomodernas. A continuación una breve explicación de este proceso evolutivo.

Las sociedades anglosajona y europea en los años 1900 habitaban en un “Estado Industrial” en el cual se evidenciaba claramente la desigualdad social y económica que se traducía en delincuencia. En razón de esto, la política criminal desarrollada fue el Welfarismo, también conocida como Estado de Bienestar.

La política criminal welfarista se apoyó en el ideal de la resocialización o corrección del delincuente. Partiendo de la premisa de que era preciso sustituir el castigo por el tratamiento, la criminología ‘moderna’ preconizada por el Estado de bienestar recurrió a instrumentos tales como la condena

indeterminada, la *probation*¹, la justicia de menores, los tratamientos etiológico-sociales especiales, la libertad condicional o el tratamiento individualizado. (Gómez Martín, 2007, p.56)

El enfoque que tenía esta política se fundamentaba en erradicar las causas de la delincuencia mediante su tratamiento. Debido a la realidad social que se vivía durante la época, después de haber vivido dos guerras mundiales, los gobernantes creyeron que la mejor manera de readaptar a la sociedad era con psicólogos y trabajadores sociales quienes “no trataban de juzgar ni de saldar deudas morales entre agresor y víctima, sino sólo de aliviar el sufrimiento individual y de mejorar el sufrimiento social.” (Gómez Martín, 2007, p.56)

El Welfarismo solucionaba utópicamente el problema de la delincuencia en la sociedad con la prosperidad económica, es decir, mientras menores fueran las desigualdades sociales, menos delincuentes existirían en la misma y a su vez el Estado tendría menos “clientes” que tratar.

La actitud de la sociedad frente a esta idea de control y solución fue, en un principio, de solidaridad. Los ciudadanos aceptaban la existencia del delincuente y comprendía la comisión de delitos confiando en que pronto el Estado de Bienestar reintegraría a estos individuos a la sociedad y podrían vivir en armonía. Pero esta comprensión no duró mucho, entrados en los años 70 la sociedad repudiaba esta forma tan ambigua e inútil de controlar el delito. La ausencia de una proporcionalidad entre la comisión del delito y la pena y la no reparación del daño causado a la víctima condujeron al Welfarismo a su crisis.

¹ *Probation: Probation is the period which a person, “the probationer”, is subject to critical examination and evaluation. The word **probation** is derived from probatum, Latin for “the act of proving.” Probation is a trial period that must be completed before a person receives greater benefits or freedom. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>. *Probation es un periodo donde la persona sujeta a libertad condicional es sujeto de exámenes y análisis. La palabra probation proviene del latin probatum que significa el acto de probar. Probation es un período de prueba que tiene que ser completado por la persona sujeta a él para que reciba mayores beneficios o su libertad. *Libre traducción del autor.*

En este contexto, tres tesis se alzaron contra las bases fundacionales del *Welfarismo penal*: la tesis de la *perversidad*; la de la *futilidad*, y por último, la tesis del *peligro*. Según las primeras, las políticas de la rehabilitación no sólo no reducían la delincuencia, sino que al contrario, contribuían a que aumentase. De acuerdo con las segundas, intentar corregir al delincuente era inútil y, por ello, un gasto innecesario; por último, de conformidad con las tesis del peligro, las políticas de rehabilitación comprometían importantes valores democráticos (como los derechos de los individuos o el propio Estado de derecho.) (Gómez Martín, 2007, p.59)

Lo anteriormente citado destruye los principios que motivaron a la adopción del *Welfarismo*. En la sociedad se robustecía cada vez más el sentimiento de venganza y ya no existía tolerancia respecto de los delincuentes y sus delitos, la gente sentía que el Estado no hacía nada para manejar este problema. Fue entonces cuando en los años 80, donde la sociedad desconfiaba totalmente del Estado y además atravesaban una época de recesión económica, surgen los conocidos “guetos” de gente negra que sin duda fueron un foco de delincuencia que se expandió rápidamente. De hecho, la sociedad de los años 80 tuvo algunos elementos como la lejanía de los trabajos a las residencias lo que obligaba a abandonarlas casi todo el día y el aumento del miedo a la delincuencia. Como lo menciona el Dr. Víctor Gómez Martín, catedrático de la Universidad de Barcelona, en su libro *Política Criminal y reforma penal*:

... en la sociedad tardomoderna se produce un incremento de la población potencialmente víctima de delitos. Ello trae la proliferación en el mercado de bienes muebles, principalmente aparatos tecnológicos móviles (automóviles, teléfonos, ordenadores, etc.) propicios para el hurto. En conclusión: la sociedad tardomoderna sería, según Garland, una sociedad estructuralmente más proclive al delito, al menos hasta que se pudieron poner en funcionamiento nuevas prácticas de control. (Gómez Martín, 2007, p.61-62)

Ante tal situación las personas había desarrollado una sensación de miedo constante derivada de la inseguridad en la que vivía, reclamaban del gobierno protección lo que hizo obvia la necesidad de un cambio. El gobierno de la época decidió reformar aquellas políticas criminales para contrarrestar la delincuencia callejera y el consumo de drogas, entre otros. Esta nueva visión de la política criminal ya no concebía al delito como un reflejo de la sociedad que lo ha marginado, sino más bien como un acto libre, consciente y voluntario de quien lo realice, acto que tiene una doble consecuencia; ser sancionado duramente y reparar el daño causado a la víctima.

Los objetivos primordiales que se pretendían conseguir fueron:

- Reducir el miedo de la sociedad;
- Reducir la delincuencia “hasta límites soportables” (Gómez Martín, 2007, p.63);
- Asistir a la víctima; e
- Integrar a la sociedad en la lucha contra la delincuencia.

Estos objetivos se cumplirían de la siguiente manera:

“a) suministrando al ciudadano una *información fiable sobre los niveles de victimización* a fin de que el gran público advierta que el miedo difuso que experimenta hacia el delito tendría base importante de irracionalidad;” (Gómez Martín, 2007, p.63) En este sentido es importante mencionar que la correcta información que se provea al público siempre será una ventaja para el órgano rector, al igual que ahora, en ese tiempo la información difundida por el periodista no era muy exacta y magnificaba los eventos que ocurrían, aumentando la gravedad de la situación y la cantidad de delincuentes;

“b) fomentando *esquemas de vigilancia comunitaria (Neighbourhood Watch)*”, (Gómez Martín, 2007, p.63) situación que resultaba muy viable pues en la época la relación vecinal era buena;

“c) y *corresponsabilizar o implicar al ciudadano y al sector privado* en la colaboración con la administración para conseguir un mayor grado de control

de la delincuencia, por medio de campañas publicitarias de concienciación.” (Gómez Martín, 2007, p.63) Lo que el autor describe como una “desviación hacia lo privado” tiene una repercusión muy importante en la consecución de los objetivos antes mencionados y es que genera en la sociedad un sentimiento de responsabilidad compartida y un compromiso con ellos mismos que de una u otra manera libera al Estado.

Tomando en cuenta que el individuo que cometía delitos era totalmente consciente de sus actos y los realizaba en virtud de su elección racional, la política criminal continuó evolucionando para controlar ese problema social. Así surgieron las “criminologías actuariales” de la elección racional y de la vida cotidiana. Esta nueva política respecto del delito pretendía una *desdramatización del delito*. Su modo de acción era incrementando los riesgos y gravedad de las consecuencias a los cuales se expondría el delincuente y así lograr su desistimiento.

Por otro lado, en la misma sociedad anglosajona que desarrolló estas políticas surge su contra-parte, las “criminologías del otro” en donde se concibe tanto al delito como al delincuente como elementos excepcionales de la sociedad, situaciones que rompen con todo lo establecido en las normas de convivencia y son llevados a cabo por sujetos totalmente diferentes al resto, llenos de maldad.

Entonces la sociedad se enfrenta a políticas totalmente contrarias que coexisten, lo que podría degenerar en una sociedad *esquizofrénica*. Sin embargo se han adoptado medidas que en lugar de generar más miedo en la sociedad han desarrollado el interés de la sociedad en el delito. Este creciente interés se explicaría con importantes cambios sociales como:

- a) la *creciente complejidad de la sociedad moderna*, que genera en el ciudadano una inseguridad cada vez mayor; b) el *déficit de control social* propiciado por el neoliberalismo como efecto de la falta de ayudas sociales para los sectores sociales marginales; c) la proliferación de la

justicia privada (por ejemplo, la que se encuentra en muchos centros comerciales) *de extrema dureza*, para garantizar la comodidad del consumidor medio; d) el creciente desarrollo de la industria comercial de la seguridad, que fomenta en el gran público una conciencia de la seguridad cada vez mayor, despertando un también creciente interés por los seguros privados y toda clase de artefactos destinados a proporcionar un mayor grado de seguridad (lo cual, paradójicamente, da lugar a una inseguridad aún mayor, por la toma en conocimiento de la imposibilidad de evitar todo riesgo al cien por cien); e) el importante *aumento de las asociaciones de vecinos y asociaciones residenciales* a principios de los años 80, llegando a representar en E.E.U.U., por ejemplo, aproximadamente un 12% de la población; y f) el *tratamiento del delito realizado por medio de comunicación masivo*, presentándolo, en todo caso, como un tremendo ‘drama humano’, y a los delincuentes, como más peligrosos y más numerosos de lo que en realidad son. (Gómez Martín, 2007, p.67)

Las causas señaladas en las líneas precedentes hacen que las políticas criminales se perfilen de otro modo. La sociedad entiende al delito como una falla del Estado, pues este no ha logrado manejarlo y hacerlo disminuir; este pensamiento se conjuga con los sentimientos de ira y paranoia que se presentan en los ciudadanos lo que hace la que interrelación de sujetos se desarrolle en un ambiente tenso y a su vez más propenso al crimen. Entonces el Estado decide direccionar su labor bajo un nuevo esquema. *La cultura del control*.

Esta nueva corriente del Derecho Penal nace como reacción a dos nuevas manifestaciones que se han presentado desde la mitad del siglo XX; por un lado, el *derecho penal del enemigo* y por otro, la *sociedad del riesgo*.

Günther Jakobs, jurista alemán, explica a que el Derecho Penal “habitual” no logra controlar al delincuente, pues éste es un individuo que ha causado tanto

daño a la sociedad que se ha convertido en su enemigo, "... el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico." (Vega, 2008, p554) cita a (Muñoz Conde, 2005, p.25). En razón de aquello el Derecho Penal encontrar nuevos fundamentos, que para que el caso del Derecho Penal del Enemigo, son:

a) adelantamiento de las barreras de protección penal sin una reducción proporcional de la pena con respecto a la pena de momentos más avanzados del *iter criminis*; b) cambio de perspectiva, de acuerdo con la cual el Derecho Penal debería mirar no sólo hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar: por ejemplo, el castigo de los llamados *Klimadelikte*²); c) transición de una 'legislación penal' (*Strafrechtsgesetzgebung*) a una 'legislación de lucha' o 'de combate' (*Bekämpfungsgesetzgebung*) ; y d) reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal. (Gómez Martín, 2007, p.76).

Por otro lado, la sociedad del riesgo es aquella en la cual actividades consideradas propias del desarrollo de la misma hoy crean nuevos riesgos para los ciudadanos, lo que despierta en ellos una sensación de inseguridad durante su diario vivir y a su vez, demandan del Estado una protección adicional para evitar posibles agresiones y violaciones a sus garantías; para llegar a esta protección de bienes jurídicos se ha constatado que tanto el Derecho Penal como la Política Criminal han evolucionando, partiendo de un proceso penal de dominación, atravesando por un proceso penal de control y finalmente llegando a un proceso penal que se maneja bajo los términos de un debido proceso. Pero antes de comenzar el análisis de esta nueva manifestación de la sociedad

² *Klimadelikte*: delitos climáticos

y del Derecho Penal es pertinente hacer un estudio de la evolución del Derecho Penal y la política criminal en el Ecuador.

El Ecuador, como una sociedad sujeta a un ordenamiento jurídico, no se ha desarrollado como el resto de países. Más concretamente la sociedad ecuatoriana respecto del Derecho Penal no ha logrado adoptar las posturas que el mundo demanda. Para comprender este fenómeno de mejor manera, a continuación se presenta una breve síntesis del nacimiento y evolución del Derecho Penal en el Ecuador hasta la actualidad.

El primer esbozo de Derecho Penal que llega al Ecuador es aquel proveniente de España, en donde se infringían varios tipos de castigos en razón de la discriminación racial, social y religiosa que inundaba la época. Básicamente se hablaba de una sociedad dominada y oprimida por instituciones traídas del extranjero, las personas no comprendía lo que representaba en sí una u otra institución.

Superada esa etapa de la historia, la sociedad ecuatoriana da la bienvenida a su época republicana, la misma que se caracterizó por una gran actividad legislativa a fin de consolidar la estructura legal del Estado. Es justamente en este período donde Vicente Rocafuerte crea el primer Código Penal del Ecuador. Este primer cuerpo legal penal tiene su fundamento en el Código Penal Español de 1822 y al Código Penal Belga de 1800, que se remontan a la Escuela Clásica del Derecho con representantes como Jeremías Bentham y César Beccaria.

Aunque indudablemente esta Escuela del Derecho supone un avance en esta rama del Derecho con la introducción del juicio y la supresión de las torturas con la finalidad de encontrar pruebas, se sigue hablando de un Derecho Penal “torturador” en donde las leyes creadas por los hombres consisten en la facultad de someter y castigar al ser humano que ha obrado mal, lo que da lugar a un proceso de dominación del Estado frente a sus habitantes.

Con lo anteriormente dicho queda claro que el Derecho Penal Ecuatoriano durante el período republicano fue eso, un derecho para torturar a una sociedad que aún no tenía claro los lineamientos bajo los cuales debía desenvolverse. A este primer código penal le sigue el código de García Moreno, en donde mantenía esa concepción de la aplicación de torturas para castigar el delito y se sancionaba los crímenes contra la religión, intentando rescatar la tradición religiosa que habían dejado los españoles. El siguiente código (1906- Eloy Alfaro) superó estas cuestiones anteriores y finalmente el 1938, se adhiere un capítulo más al código de Alfaro y se lo mantiene hasta la actualidad con algunos remendones.

En este punto es importante señalar que el último y actual Código Penal Ecuatoriano se formuló con la influencia de la corriente de la Escuela Positivista Italiana, que incluye como otro elemento del derecho penal al sujeto causante del delito, lo que a su vez genera una “humanización del derecho penal” en donde no se sanciona sólo “el qué” sino “el quién”, lo que da lugar a un código ecléctico en el cual se toma en cuenta tanto la conducta como al autor para aplicar una pena.

Entonces, conforme a la evolución que se ha desarrollado en lo precedente, se logra inferir que básicamente el Estado Ecuatoriano ejerce su función controladora y punitiva sobre aquel sujeto que haya transgredido el orden establecido, violentando el bien jurídico garantizado para la sociedad. Sin embargo, no se puede olvidar que en Ecuador también hay situaciones que vulneran las garantías de los ciudadanos y no necesariamente suceden debido a una transgresión al ordenamiento jurídico vigente.

Actividades del día a día como el manejo de recursos naturales, el empleo de los avances tecnológicos en la vida del ser humano e incluso la asistencia médica son situaciones que ponen en “peligro” las garantías de los individuos. Lo que se puede decir al respecto es que ni la sociedad ecuatoriana ni su política criminal se deben quedar impávidas ante tales situaciones ya que en la

actualidad la sociedad ecuatoriana podría ser una sociedad del riesgo lo que desencadenaría la necesidad de adoptar un nuevo modelo de control.

1.2 Sociedad del Riesgo

“La sociedad del riesgo es la época del industrialismo en la que los hombres han de enfrentarse al desafío que plantea la capacidad de la industria para destruir todo tipo de vida sobre la tierra.” (Paz M. de la Cuesta, 2005, p.161) cita a (Beck, U., ‘La irresponsabilidad organizada’)

Este nuevo modelo de sociedad conjuga dos elementos que trascienden en el Derecho Penal que son: el riesgo y el peligro, en donde el primero puede degenerar en el segundo. La catedrática Paz de la Cuesta explica a la sociedad del riesgo respecto del Derecho Penal como “un conjunto de delitos cuya finalidad es incidir penalmente en la realización y creación de riesgos en los ámbitos de las tecnologías más avanzadas propias de la que se denominó ‘sociedad tecnológica’...”. (De la Cuesta, 2005, p.162).

En la actualidad los ciudadanos se encuentran expuestos a muchos riesgos, que tienen una doble consecuencia; la primera, la repercusión del aquel riesgo en el ser humano individual, y la segunda, el impacto del peligro en este mundo globalizado. Al respecto, la misma autora menciona que los riesgos de esta sociedad industrializada son **democráticos**³ puesto que pueden presentarse en cualquier nivel social, económico, educacional, etc., lo que obliga al Estado a prevenirlos.

La sociedad siempre se ha visto expuesta a riesgos, más no con la magnitud que ahora debe manejarlos el Derecho Penal pues son totalmente distintos. La autora antes mencionada caracteriza a los riesgos actuales como “ilimitados espacio-temporalmente, globales e insostenibles por sistemas de reparación colectiva” (De la Cuesta, 2005, p.167). Como se dijo anteriormente, se trata de situaciones que amenazan tanto al primer mundo como al tercer mundo, que

³ Cursiva y negrita son del autor.

pueden tener una consecuencia irreparable, incuantificable, imposible de remediar.

Actualmente, las cosas se alteran en todo tiempo y en todo el espacio, construyendo una sociedad compleja en demasía, donde la gama de desenvolvimiento científico y tecnológico se representa en las relaciones humanas y en las dificultades de diagnóstico acerca de las mismas. La potencialidad de los hombres alcanzó niveles elevadísimos. Posibilita, en última instancia, la autodestrucción. (...) Afirmaba el autor (Ulrich Beck) que el poder de esta era es el poder del peligro (*riesgo*), que suprime todas las zonas protegidas y todas las eventuales diferenciaciones sociales que pueden ser construidas en el seno de la llamada modernidad reflexiva. (Salvador Netto, 2008, p.690)

¿Se estaría hablando entonces de una actividad habitual que cualquier persona puede realizar? ¿Sería cualquier evento de la vida diaria el detonante de un delito, de una tragedia? ¿La interrelación de sujetos es ahora un iter criminis? ¿Es momento de vivir aterrados? ¿Significa acaso que para evitar ser lastimados, agredidos o violentados, los ciudadanos y las sociedades deben dejar de realizar sus actividades cotidianas, pues ahora el avance tecnológico les ha dado un importe de peligro?

La respuesta necesariamente es negativa. Aunque autores como Salvador Netto designen a la sociedad del riesgo como “la era de las catástrofes” (Salvador Netto, 2008, p.689) aun hay una salida, la expansión de Derecho Penal.

Esta nueva política criminal propone que el Derecho Penal ahora legisle aspectos nunca antes evaluados por ser considerados como inofensivos. En una sociedad del riesgo es menester comprender que las actividades humanas que se ven como normales pueden vulnerar las garantías de los ciudadanos; “El error humano siempre existente, aunque menos fatal, se transforma en

destructor en el exacto alcance de la ocultación de su propio equívoco.” (Salvador Netto, 2008, p.691)

La labor que propone esta nueva corriente para la legislación penal es que ésta logre controlar, reducir y mantener en niveles tolerables los riesgos que las actividades diarias generan. Por dar algunos ejemplos de ello se menciona que antes no existía ni siquiera la idea de adjudicar responsabilidad penal a la persona jurídica, sin embargo, se ha constatado que esta ficción jurídica es la que en ciertas circunstancias causa daño; sí, la persona jurídica en su conjunto, no el representante legal ni su administrador o su gerente, sino la empresa. ¿Qué hacer ante esta problemática entonces?

Es pertinente mencionar el caso del medio ambiente; antes no era posible concebir que una entidad a disposición del ser humano podría verse afectada por acciones de los ciudadanos, ahora en cambio en algunas legislaciones se le ha otorgado derechos para estos sean respetados y garantizados por el Estado. Particularmente aquí no se puede esperar que la naturaleza quede devastada para establecer una sanción. Es de trascendental importancia frenar las acciones que ponen en peligro a la naturaleza, siempre que comprometan al ser humano.

El caso del ser humano es muy similar al de la naturaleza, en el sentido de que el Derecho Penal ya no puede esperar a que se produzca un resultado fatal sobre el ciudadano para sancionar al agente del mismo.

El deber del Derecho Penal “expandido” en este caso sería diseñar un esquema bajo el cual se puedan realizar tareas de explotación de recursos, operaciones de las empresas, atención médica, actividades laborales, etc., delimitando el riesgo al cual pueden exponer al ser humano, a la naturaleza y a la sociedad, a su vez clarificar la sanción y el momento de inicio de la infracción mediante nuevos tipos penales.

Pero al delimitar y tratar de regular actividades cotidianas se puede presentar un inconveniente. Autores como la Doctora Flavia Vega, mencionan que al tipificar actividades “normales” que envuelven un riesgo o comportan peligro se estaría coartando la libertad personal y colectiva de los individuos y el Derecho Penal dejaría de ser la *ultima ratio* pues sería el primer punto a considerar para poder desenvolverse en la vida.

Con la creación de nuevos tipos de peligro abstracto como el que aquí nos ocupa-aunque se lo haga bajo la apariencia de un delito de peligro concreto-, se desdibuja el límite entre la naturaleza represiva y reactiva del Derecho Penal y la función preventiva y proactiva de la policía o, en otras palabras, se confunden las funciones características del Derecho Penal con las de otras ramas, del modo más perjudicial para el Estado de Derecho, es decir, resignando espacios de libertad. Cuando la función del Derecho debería ser, de adverso, la preservación de la ‘mayor libertad posible’, para decirlo en términos de Rawls. (Vega, 2008, p.556-557).

Al respecto cabe mencionar que la función más importante del Derecho es ser el ordenador de la vida en sociedad. Hoy por hoy, queda por sentado que no sólo se vulneran las garantías de los seres humanos destruyendo el bien jurídico protegido, sino también exponiéndolo a una consecuencia fatal. En muchos países del mundo se considera que el Derecho Penal ha fallado porque las instituciones y normas que prescribe son “un reflejo de la inadecuación de las estructuras penales y de la Ciencia penal a la realidad social contemporánea.” (De la Cuesta Aguado, 2005, p. 164).

El riesgo existe en la sociedad actual (no es ideología), pero varía mucho la interpretación a su respecto. Eso implica decir que su existencia está, al mismo tiempo, en el mundo de las ideas y en la realidad, de forma tal que la supresión de su idea no excluye en nada su propia existencia. Depreciar su conocimiento o admitirlo equívocamente

puede menguar el pánico pero no los maleficios. En otras palabras y parafraseando a Marx en las críticas a los nuevos hegelianos alemanes, olvidar la fuerza de la gravedad no impedirá la caída de los objetos. (Salvador Netto, 2008, p.695).

Es por eso que el Derecho Penal y la política criminal deben cambiar. La expansión del derecho penal básicamente manifiesta el adelantamiento de la intervención del Estado como regulador de acciones que contiene peligro en su ejecución, antes de que las mismas acarren consecuencias no deseadas.

Antes de desglosar el concepto del adelantamiento del Derecho Penal se analizará este concepto de peligro en la sociedad actual.

“Peligro es la mayor o menor probabilidad de un resultado dañoso, la más o menos elevada posibilidad de su producción.” (Rodríguez Montañes, 2004, p.44)

Este nuevo componente del delito cambia la concepción que se tenía de la infracción toda vez que la consumación del resultado deja de ser relevante y lo trascendental para el Derecho Penal es la posibilidad de lesión del bien jurídico protegido. Este peligro nace cuando en el mundo real se presenta la mencionada posibilidad, y concluye cuando la lesión se produce o no.

A su vez, la inclusión del peligro como elemento de análisis para el Derecho Penal crea la necesidad de imponer “barreras protectoras a momentos previos a la producción del resultado lesivo (...)” (Rodríguez Montañes, 2004, p.46) lo que hace que la presente investigación regrese a lo conocido como “El adelantamiento del Derecho Penal”

La Doctora Paz de la Cuesta explica que este adelantamiento se produce por tres vía:

- “1. Tipificación de delitos de peligro cada vez más alejados de la lesión.
2. Incremento en la tipificación de la imprudencia.
3. Creación de bienes jurídicos macrosociales o colectivos.” (De la Cuesta, 2005, p.169)

La tipificación de delitos de peligro consiste en determinar “*ex ante* si una conducta es peligrosa y con ello prevé la producción del daño a un bien, basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación de hecho objetiva y de acuerdo con criterios y normas de la experiencia.” (Maiza, 2007, p.589). La tarea del legislador es la de establecer leyes que reglen una u otra actividad en donde se exponga al ser humano a consecuencias dañosas si algo sale mal. Es preciso señalar que la esencia del Derecho Penal no es la imposición de una sanción sino la presentación de un campo acción permitido, bajo el cual todos los seres humanos pueden realizar sus actividades diarias con toda libertad.

El incremento en la tipificación de la imprudencia supone ampliar el espectro bajo el cual se juzga una acción imprudente. La concepción actual de la imprudencia es muy escueta, se la entiende como la falta de prudencia, de diligencia debida pero este enunciando propone ascenderla a la calidad de imprudencia *grave*, es decir “un burda inobservancia de las elementales reglas de cuidado o diligencia en relación con la actividad desarrollada” (Romeo Casabona, 2007, p.36). Debido a que las actividades que pueden desencadenar delitos de riesgos son habituales, tienen un código de conducta, normas de acción y demás instrumentos que indican cómo deben desempeñarse correctamente, por lo tanto la imperfección en la ejecución de la acción debe acarrear una responsabilidad penal más elevada.

Finalmente, la creación de bienes jurídicos macrosociales o colectivos es una consecuencia de las acciones que producen riesgo y peligro, pues como se mencionó antes, estos no han distinción alguna. Lo que se pretende es que

ahora la protección del bien jurídico no se haga en virtud de la vulneración individual del mismo sino que se lo garantice porque atañe a toda la sociedad.

Ahora bien, una vez que se ha analizado el concepto, el impacto y las consecuencias de la sociedad del riesgo, ¿Es posible encuadrar al Ecuador dentro de este esquema?

Aunque el avance tecnológico en el Ecuador no alcance los niveles mundiales, sin duda la intervención de la tecnología en actividades como la medicina, el manejo y explotación de recursos naturales y el trabajo ha creado en los mismos, riesgos para sus operadores. Y estos riesgos han devenido en consecuencias dañosas que lastimosamente no han podido ser manejadas por el Derecho Penal.

¿Acaso se ha sancionado penalmente a una persona jurídica por un derrame de petróleo? No. ¿Algún médico ha sido sancionado por una incorrecta prestación en su servicio? No. ¿La ley ha previsto y delimitado las condiciones bajo las cuales se debe ejecutar determinado trabajo? No. Pero lamentablemente estas situaciones en Ecuador son pan de cada día. Y la sociedad del riesgo ecuatoriana ha tratado de remediarlas con tentativas, pero no es suficiente.

Ecuador es un país que depende del petróleo, de hecho la mitad del presupuesto del Estado proviene de la explotación y comercialización del petróleo, por lo tanto es una actividad más que habitual, necesaria para el funcionamiento del Estado. Pero la misma envuelve una variedad de riesgos tanto para la naturaleza como para el ser humano. Por ejemplo, el proceso de explotación petrolera necesariamente altera la fauna y la flora de determinado territorio, tala grandes áreas de árboles, maneja fuertes cantidades de químicos e impone nuevas condiciones de vida a los “vecinos del lugar”; a lo largo de todo este proceso “algo” puede salir mal.

Otro ejemplo es el deseo de mejorar la calidad de vida acudiendo a recibir asistencia médica. Ya se trate de una enfermedad o de una intervención quirúrgica, en Ecuador existen lineamientos y normas tanto técnicas como éticas que explican cómo desempeñarse como médicos, pero aún así se presentan errores fatales como la administración de fármacos por la vía incorrecta. Estas y otras situaciones podrían evitarse si en la legislación ecuatoriana existieran parámetros bajo los cuales se admite un riesgo y se sanciona otro.

Lo anteriormente descrito es apenas una muestra de la realidad ecuatoriana, la misma que si no se controla con nuevas políticas criminales terminará siendo la “era de las catástrofes” como lo mencionó el Doctor Salvador Netto.

1.3 Actividades de Riesgo

A fin de comprender cuál es el riesgo existente en la nueva sociedad ya descrita, a continuación se desarrollarán algunas actividades que pueden ser catalogadas como riesgosas.

La Doctora Paz de la Cuesta en su artículo **SOCIEDAD TECNOLÓGICA Y SOCIEDAD DEL RIESGO** menciona algunos “ámbitos de riesgo” como los *ecodelitos* y los *biodelitos*, que se estudiarán a continuación junto con los riesgos que genera la empresa.

Antes de analizar a estos “nuevos delitos” es pertinente reseñar la actividad que los desencadena:

ECODELITOS:

La explotación de los recursos naturales es una actividad cotidiana que lleva varios años de ejecución, el ejemplo más claro de la misma es la explotación de petróleo. Alrededor de los años 1900 se produjo en el mundo una situación conocida como *auge petrolero*, países como Venezuela, México, Estados

Unidos y Ecuador, entre otros se movían y crecían económicamente debido a la explotación, transformación y comercialización del petróleo.

Durante la década de los noventa, el petróleo representó el 40% del consumo mundial energético. Las perspectivas hasta el 2020 son idénticas. El petróleo representa aproximadamente el 15% del comercio mundial y está considerado como uno de los primeros valores en el mercado bursátil así como una energía directriz, es decir, una energía que determina el precio de las otras fuentes energéticas. (Amin, 2003, p.195)

Sin duda tal hito en la historia tuvo consecuencias en el plano social; gran afluencia de migrantes a las zonas de explotación petrolera, clases enriquecidas, comunidades destruidas, etc. Pero no es en las consecuencias en donde radica el riesgo, sino en el proceso que se atraviesa para llegar a las mismas, en el cual se puede determinar de modo 'a priori' el riesgo al cual se puede exponer a la naturaleza y mediante normas establecer un límite permitido.

Esta determinación 'a priori' es lo que se conoce en materia ambiental como el ***principio de precaución***. "El principio de precaución es el principio según el cual la ausencia de certidumbre, habida cuenta de los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe retrasar la adopción de medidas eficaces y proporcionadas para evitar un riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente, siendo los costes económicamente aceptables." (Riechmann, 2002, p. 13) cita a (Ley Barnier, del 2 de febrero de 1995, que incorpora al Derecho Francés el principio de precaución).

Este principio tiene su razón de ser y se fundamenta en el hecho de que pueden presentarse daños ambientales inimaginables que son irreparables, y toda vez que el ser humano se desarrolla en la naturaleza necesita de la misma en óptimas condiciones.

Tomando en cuenta el contexto bajo el cual se desarrolla la actual vida humana (sociedad del riesgo) es más evidente la necesidad de implementar este principio en las actividades diarias, y esta implementación se la puede lograr mediante elementos como la identificación de la posible amenaza que una actividad le puede causar al ambiente, identificación de alternativas para la actividad y el establecimiento de una línea de acción; que para efectos del Derecho Penal se traduce en prever las consecuencias que ir más allá del riesgo permitido puede traer consigo y estructurar un esquema de contención de daños para así no ser sancionados.

Siendo cada vez más grande el impacto ambiental que las actividades del hombre causan legislaciones como la ecuatoriana ya han adoptado el principio de precaución para regular la explotación de recursos.

Constitución del Ecuador:

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

Este artículo de la Constitución Ecuatoriana contiene elementos importantes de este principio como son:

- La falta de certeza científica del daño no será impedimento para adoptar medidas de protección a favor de la naturaleza.
- La responsabilidad por daños ambientales es objetiva; es decir, no hará falta probar el dolo o la culpa de quien causó el daño para sancionarlo por el mismo.
- La inversión de la carga de la prueba, que deja de lado el principio de la prueba “quien alega prueba” traslada la carga probatoria a la persona que es acusada, la misma que debe probar que el daño no se produjo por injerencia suya.
- Se aplica a todos los intervinientes en la cadena de explotación de recursos naturales.
- Y finalmente, la imprescriptibilidad de las acciones existentes por daño ambiental.

Si bien la Constitución Ecuatoriana no determina de qué tipo será la responsabilidad por daño ambiental, el ordenamiento jurídico ecuatoriano la complementa estableciendo que a más de la responsabilidad civil de indemnizar a los elementos humanos afectados por el daño ambiental también existe responsabilidad penal toda vez que el Código Penal Ecuatoriano recoge los llamados delitos contra el medio ambiente.

Retomando el tema, el riesgo que implica la explotación de recursos nuevamente presenta una doble consecuencia; por un lado, los posibles efectos en el ser humano, y por otro, los posibles efectos en la naturaleza. Y se sustenta en el hecho de que es imposible mantener un nivel de contaminación cero.

Para dar una pequeña idea de los riesgos que se podrían presentar en la salud humana mediante un mal manejo de las herramientas que modifican el medioambiente, se presentan a continuación tres episodios distintos:

Episodio uno: Caso Petróleo

a) Vías de entrada.

Los hidrocarburos aromáticos policíclicos pueden penetrar en el organismo, a través de tres vías: cutáneo-mucosa, la respiratoria y la digestiva.

b) Efectos agudos.

(...) El contacto con el petróleo o sus vapores causa irritación y/o picores en la piel y enrojecimiento de ojos. La exposición prolongada y repetida a concentraciones bajas de compuestos volátiles causa náuseas, mareos, dolor de cabeza y somnología. (...) En general, los fueles pesados presentan menos problemas de toxicidad en el agua que otras fracciones de petróleo porque contienen menos compuestos volátiles. Los síntomas suelen ser de corta duración y desaparecen rápidamente al eliminar el contacto con el petróleo.

c) Efectos crónicos.

A nivel de contaminación crónica, los compuestos que 'a priori' presentan más riesgos son los hidrocarburos aromáticos policíclicos por sus **posibles efectos cancerígenos**. (Valcárcel, Herrero y Gil, 2008 ,p.12)

Ante las situaciones antes enlistadas, el Estado mediante una expansión del Derecho Penal regulando actividades como esta, pretende establecer límites permitidos de contaminación en todas sus manifestaciones para que así no se vulneren bienes jurídicos como la vida.

Por su parte, a la naturaleza también se la expone a riesgos y peligros, que en caso de presentarse, se convierten en un círculo de consecuencias dañosas que no sólo perjudican a la naturaleza sino también al ser humano.

(...) por ejemplo, la demanda sin límites de recursos forestales conlleva *deforestación*⁴, el suelo queda sin la adecuada protección. Seguidamente la escorrentía de la lluvia deja menos agua para filtrar y poder recargar los acuíferos. Además, la mayor escorrentía arrastra el suelo superficial, reduce la fertilidad de la tierra y satura de sedimentos ríos y embalses.

Continuando con la cadena de sucesos a medida que falta leña, para abastecerse de combustible, las personas recurren a los excrementos de los animales y a los residuos de los cultivos. Esto priva a los campos de nutrientes y materia orgánica. Y así sucesivamente... (Jaquenod de Zsögön, 2004, p.56)

Episodio dos: Caso Aspersiones Colombianas en frontera ecuatoriano-colombiana

Colombia, según los hechos alegados en la demanda que el Ecuador presentó contra este estado ante la Corte Internacional de Justicia (31 de marzo del 2008), es uno de los principales productores de cocaína y opio del mundo, y además de una gran parte de marihuana; en razón de esto Colombia inició un programa de lucha contra el narcotráfico que básicamente consistía en la erradicación de los cultivos de estos narcóticos mediante la aspersión de herbicidas con altos contenidos de glifosato⁵, componente químico dañino para la salud.

⁴ Las cursivas son del autor.

⁵ Los impactos que los herbicidas a base de glifosato pueden tener sobre la salud humana son variados: daños genéticos, tumores en la piel, problemas de tiroides, anemia, dolores de cabeza, sangrado de nariz, mareos, cansancio, náuseas, irritaciones de ojos y piel, asma y dificultades respiratorias, entre otros. Diversos estudios indican que existe una relación entre los herbicidas a base de glifosato y el linfoma no Hodgkins, un tipo de cáncer. (Véase en: <http://www.wrm.org.uy/boletin/97/Glifosato.html>)

Durante algunos años esta fue una práctica habitual por parte del Gobierno Colombiano, sin embargo este plan de control (Plan Colombia) que tenía como objeto la disminución de la producción de los narcóticos antes mencionados, trajo consigo consecuencias graves sobre la población, fauna y flora ecuatoriana.

Recapitulando, la actitud y actividades desarrolladas por Colombia tuvieron lugar porque se intentaba contrarrestar un delito que afecta a todo el mundo, como lo es el narcotráfico, entonces se puede decir que fue una acción necesaria pero el problema aquí surge cuando esta 'acción necesaria' presenta efectos secundarios en el ser humano (peligro concreto) como son:

- Fiebre;
- Lesiones y alergias en la piel;
- Quemaduras en los ojos;
- Náuseas;
- Dolor en los huesos;
- Mareos severos;
- Complicaciones respiratorias;
- Sangrado intestinal y muerte.

Estas enfermedades fueron las alegadas por el Ecuador, conforme consta en el llamado *Informe Blanco sobre la demanda del Ecuador contra Colombia*, elaborado por el Ministerio de Relaciones, Comercio e Integración. Pero para tener una mayor certeza del daño que efectivamente el glifosato puede causar en seres vivos a continuación se cita una parte del informe realizado por la Red de Acción en Plaguicidas y sus Alternativas de Latinoamérica (RAP-AL):

Los estudios han revelado efectos adversos en todas las categorías estandarizadas de pruebas toxicológicas de laboratorio en la mayoría de las dosis ensayadas: toxicidad subaguda (lesiones en glándulas salivales), toxicidad crónica (inflamación gástrica), daños genéticos (en células sanguíneas humanas), trastornos reproductivos (recuento

espermático disminuido en ratas; aumento de la frecuencia de anomalías espermáticas en conejos) y carcinogénesis (aumento de la frecuencia de tumores hepáticos en ratas macho y de cáncer tiroideo en hembras).

(Véase en: http://www.rap-al.org/articulos_files/Glifosato_Enlace_80.pdf)

¿Qué hacer entonces?

Aunque las aspersiones de herbicidas contempladas en el Plan Colombiana tuvieron como objetivo reducir la actividad delictiva en Colombia, debido a los efectos que trajeron tanto en la salud humana como en la flora y fauna ecuatoriana y colombiana, suponen una clara violación al principio de precaución antes mencionado y a su vez la imputación de los diversos tipos de responsabilidades a sus autores.

En el caso concreto de los *ecodelitos* que estaban siendo analizados, si es que este caso no ingresara en la esfera del Derecho Internacional Público (conflicto entre estados) sería un ejemplo perfecto de un *ecodelito* puesto que ha violado al ecosistema protegido por la legislación y ha producido daños en la salud de la persona; ha superado el riesgo permitido que se le había concedido aplicar.

Episodio tres: Caso Texaco

El inicio de la bonanza petrolera en Ecuador trajo consigo muchos cambios en su economía, en su política, en sus relaciones internas y externas con otros estados, entre otros; pero nunca se contemplaron los cambios que podrían producirse en el ambiente.

“El 90% de la producción nacional (250.000 barriles por día, en promedio anual) procede de la región amazónica, que cubre casi la mitad del país con unos 200.000 km² y alberga menos del 5% de la población nacional (estimada en 12 millones).”

(Véase en: www.flacso.org.ec/docs/i16_fontaine.pdf)

En base al dato anterior es obvio suponer que la mayor actividad petrolera del Ecuador tiene lugar en el Oriente de este país y es así donde toma lugar el llamado “Caso Texaco”. Durante varios años la empresa estadounidense Texaco Inc., fue la encargada de realizar todas las tareas de explotación del petróleo ecuatoriano pero no fue hasta 1993 que dicha explotación fue sujeto de análisis debido a inconformidades denunciadas por grupos ecologistas respecto del balance ambiental presentado hasta el momento.

Como se mencionó anteriormente la explotación petrolera per se envuelve altos riesgos no sólo para la naturaleza sino para los seres humanos que están en contacto con la misma razón por la cual toda actividad que involucre al medio ambiente debe contener planes de prevención, contención y reparación de los posible daños ambientales, cosa que en caso Texaco no sucedió.

La incidencia que sobrepasar el riesgo permitido y violentar al principio de precaución por parte de Texaco trajo para los habitantes de las zonas ecuatorianas de mayor explotación fue muy grave, a continuación se enlistan algunas de las consecuencias:

- Infecciones secundarias como hongos, verrugas o eczemas;
- Cánceres de piel, sangre, esófago;
- Neumonías;
- Abortos espontáneos.

(Véase en: www.flacso.org.ec/docs/i16_fontaine.pdf)

Con lo anteriormente dicho, ¿Cómo no iniciar acciones en contra de Texaco? Las acciones iniciadas por el Gobierno Ecuatoriano tuvieron muchos matices que van desde una indemnización hasta denunciar violaciones en contra de los derechos humanos, pero no trascendental para el Derecho Penal en este caso

es, nuevamente, la configuración de un agravio en contra del bien jurídico protegido, el ecosistema que incluye a la especie humana.

Al respecto países como Ecuador, ya han tomado cartas en asunto y han intentado regular estos problemas hoy conocidos como “ecodelitos”. La legislación ecuatoriana por ejemplo, en su Constitución concede derechos a la naturaleza y además establece que “la responsabilidad por daños ambientales es objetiva.” Menciona también todo daño al ambiente trae consigo la obligación de restaurar el mismo y de indemnizar a las personas afectadas, a más de asumir las sanciones legales, lo que se remite al Código Penal de ese país, el cual ya ha tipificado delitos contra el medio ambiente, lastimosamente enfocadas en sancionar la consecuencia mas no el riesgo del proceso.

RIESGOS QUE GENERA LA EMPRESA:

La idea de que la empresa durante sus actividades genera riesgos que pueden traer consecuencias graves y en ocasiones irremediables, se fundamenta en la relación directamente proporcional que existe entre medio ambiente y empresa; mientras más labores realiza una empresa en el medio ambiente, mayor es el impacto que existe en el mismo.

Anteriormente ya se ha explicado el riesgo que existe en una explotación de recursos, ejemplificándolos con los casos del petróleo y de la madera, sin embargo es pertinente mencionar que la industria a más del riesgo que representa para el medio ambiente, también implica riesgos para los seres humanos.

Debido a la conversión de la sociedad en una sociedad del riesgo, desde hace algún tiempo la tecnología le permite al ser humano incursionar en nuevas áreas como la energía nuclear.

(...) “la intervención penal hacia la protección frente a la energía nuclear y radiaciones ionizantes y grandes estragos ocasionados por medios potencialmente muy destructivos” (De la Cuesta, 2005, p.167)

El papel que juega la empresa respecto de la actividad nuclear es determinante; es la empresa la que puede causar grandes impactos en el ambiente, no el ser humano como individuo; de hecho es la empresa la que pone en peligro al ser humano como conjunto, siendo una fuerza laboral que desarrolla tareas relacionadas con la energía nuclear.

En este sentido, para lograr un control sobre esta particularidad, el derecho penal debe ampliarse y trabajar conjuntamente con el derecho administrativo, siendo el segundo el rector de las acciones y el primero el ejecutor de las sanciones.

BIODELITOS:

De manera general, los ‘biodelitos’ son aquellos que exceden “el marco tradicional de daños a cosas para dirigir la sanción a la producción de peligros con la vida, la salud humana y el medio ambiente.” (De la Cuesta, 2005, p.167)

Afectaciones sobre el medio ambiente y la incorrecta manipulación de energía nuclear podrían devenir en biodelitos, sin embargo esta nueva tipificación en el Derecho Penal pretende encasillar a estos nuevos delitos en un grupo que crea una afectación sobre bienes jurídicos ‘supraindividuales’.

Estos llamados biodelitos son producto de la evolución de la tecnología que se plasma en la sociedad del riesgo. “En principio, puede afirmarse que los ciudadanos, en general, no se cuestionan la necesidad de represión penal de los riesgos de tipo atómico, químico, ecológico, genético o socioeconómico,...” (Corcoy, 2007, p.36). Pero toda vez que el avance tecnológico le permite al ser humano desarrollar técnicas avanzadas para manipular varios elementos

biológicos, es decir, relativos a la vida y sus procesos surgen nuevas cuestiones que regular. “Así los códigos empiezan a contener delitos relacionados con técnicas génicas y de reproducción humana asistida.” (De la Cuesta, 2005, p.168).

En efecto los avances biomédicos están propiciando ingentes logros para el bienestar del individuo y de la humanidad, pero, al mismo tiempo, como la otra inevitable cara de la moneda, despiertan recelos los efectos no deseables derivados de tales progresos por constituir potenciales peligros precisamente para el ser humano individual y para la colectividad en la que se integra. En particular, son tenidas como materias especialmente delicadas y problemáticas las que se refieren a las nuevas vertientes de los trasplantes de órganos, a la reproducción asistida y a la tecnología genética, así como, finalmente, a la experimentación con seres humanos en cuanto a procedimiento instrumental para el logro de esos avances en las ciencias biomédicas. (Romeo Casabona, 2003, p.12-13).

Las actividades citadas como ejemplo son del diario vivir, pero cuando las mismas sobrepasan los límites establecidos en las normas, es necesaria la intervención del Estado, mediante su poder punitivo (Derecho Penal) para evitar que esos riesgos y peligros se efectivicen no sólo vulnerando a un individuo, sino también a toda la comunidad.

1.3.1 La Medicina, una actividad de riesgo

La medicina es la “ciencia y arte de conocer las enfermedades, precaverlas, tratarlas y curarlas, o aliviarlas si carecen de total remedio.” Cabanellas, G. (2005) Diccionario Jurídico Elemental.

Al hablar de medicina necesariamente se habla del ser humano, entendiendo a la primera como una consecuencia de las necesidades del segundo. Así, lo que se pretende con la medicina es preservar la vida y mejorar el estilo con el que

se lleva la misma. Por lo cual la actividad de los galenos es positiva. Sin embargo la realidad de ello es mucho más compleja.

Con el empleo de la medicina surge una relación muy especial entre el médico y el paciente; debido a una anomalía en su salud y su vida el paciente acude al médico para que éste lo ayude. El médico por su parte “incide directamente en la vida y en la salud e integridad corporal y psíquica de las personas, utilizando en ocasiones medios agresivos para las mismas, precisamente para conservar la vida o restaurar la salud de sus pacientes.” (Romeo Casabona, 2003, p.10)

“La práctica de una Medicina más eficaz, pero más agresiva, implica al mismo tiempo mayores riesgos de daños imprudentes para el paciente.” (Romeo Casabona, 2003, p.14)

Recapitulando entonces, la medicina en sí, surge y es empleada para mejorar y mantener la vida de las personas. De hecho son los propios seres humanos quienes acuden a recibir servicios médicos, es su voluntad hacerlo. El médico al respecto cumple con su deber, procurando obtener el mejor resultado. Pero nuevamente hay que ubicarse en la sociedad actual del riesgo, la cual por un lado, trae mejoras sustanciales pero por otro, expone a sus actores a riesgos antes no existentes.

Tomando en cuenta que la incidencia de la medicina se refleja en la vida y en la salud, ambos bienes jurídicos consagrados en las Cartas Magnas de todos los países y varios instrumentos internacionales, le concierne al Estado garantizar los mismos. Y se vale del Derecho Penal, cuando estos peligran por acciones humanas.

Se comprende entonces que el posible detonante de la intervención del Derecho Penal en la medicina es el acto médico, que se lo define como: “una forma especial de relación entre personas; donde una de ellas, el enfermo, acude motivado por una alteración en sus salud a otro, el médico, quien está

en capacidad de orientar, mejorar o sanar, o cuando menos aliviar el sufrimiento de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.” (Bernate Ochoa, 2010, p. 102) cita a (Guzmán Mora, en http://www.medicolegal.com.co/ediciones/2_1998/actomed_consi.htm)

Pero, ¿se puede suponer que la prestación de servicios médicos ya pasó a ser un delito per se? O ¿en qué momento de esa relación radica la intervención?

Por supuesto que no se puede catalogar a la actividad médica como un delito en sí mismo, por el contrario, como ya se mencionó antes, la actividad médica nació y se estableció como beneficiosa para los seres humanos, mas para comprender en qué momento el Derecho Penal debe ejercer su labor es pertinente analizar al acto médico.

La relación médico-paciente se origina en los siguientes casos:

- “1. Por decisión de ambas partes.
2. Por acción unilateral del médico en caso de emergencia.
3. Por solicitud de terceras personas.
4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.”⁶

El primer supuesto involucra la voluntad tanto del paciente como del médico; el primer se dirige al servidor de la salud y éste accede a prestar sus servicios. Sin embargo, existen casos en los cuales el médico puede negarse a prestar sus servicios, por ejemplo cuando se le solicite realizar actos contrarios a la moral y a las leyes.

El segundo supuesto establece una situación de urgencia, en donde el médico deberá intervenir para lograr superar la gravedad del caso y estabilizar al

⁶ Art.5. Ley 23 de 1981, Ética Médica, 18 de febrero del 1981, Colombia.

paciente. En dicha circunstancia el paciente no siempre goza de conciencia y voluntad porque lo cual la injerencia del médico es inevitable.

El tercer supuesto comprende algunos casos como algún precedente médico; derivación sanitaria (de medicina general a medicina especializada), la voluntad de los padres de someter a sus hijos a tratamientos médicos, la sentencia judicial que ordena a una persona recibir tratamiento psiquiátrico, entre otros.

El cuarto supuesto envuelve una disposición legal o un acuerdo de voluntades. Algunos ejemplos de ello pueden ser los acuerdos que firman entre hospitales, clínicas y centros de salud para satisfacer las necesidades que unos carecen respecto a los otros, lo que a su vez obliga al paciente al someter al servicio que le presenten en un centro y otro.

Ahora bien, una vez analizado el nacimiento de la relación es preciso determinar los momentos de esa relación, que son:

- “1. Diagnóstico.
2. Tratamiento.
3. Post tratamiento.” (Bernate Ochoa, 2010, p.103)

Cada momento de la relación tiene obligaciones y prohibiciones que permiten determinar los eventos que constituyen el riesgo permitido (Bernate Ochoa, 2010) pero cuando en cada uno o en alguno de los momentos mencionados se sobrepasa los límites permitidos por las normas es cuando el Derecho Penal debe intervenir.

Con los avances tanto científicos como tecnológicos la labor del médico se ha vuelto mucho más compleja; ahora el perfil médico ha sufrido algunas alteraciones, ha dejado de trabajar sólo para aprender a manejarse en equipo, su intuición ha tenido que verse respaldada por la habilidad en el manejo de

equipos sofisticados, entre otras cosas que modifican los servicios médicos como antes se concebían.

“El ejercicio de las profesiones sanitarias y en primer, lugar la Medicina, ha ido convirtiéndose progresivamente, como consecuencia de este proceso, en una actividad compleja e interdependiente. Además nos encontramos con que la disponibilidad de medios e instrumentos más eficaces, pero también – según dijimos- más agresivos para el organismo humano (y para su componente psíquico), ha puesto de manifiesto que el tratamiento puede llevar aparejados en ciertas ocasiones riesgos considerables para el paciente, secundarios al tratamiento mismo, que en la terminología médica se conoce en sentido amplio como iatrogenia⁷. Estos nuevos hechos tienen una significativa trascendencia para el Derecho.”

Sin duda es así, y traslada a estos hechos consecuentes a una situación conocida como mala práctica médica que será objeto de estudio en los capítulos siguientes.

⁷ “Es un concepto de uso común en la teoría y la práctica médica. Se refiere, en términos generales, a los posibles daños que un paciente pueda sufrir como consecuencia de la prescripción y la aplicación de tratamientos para curar alguna enfermedad. En particular, desde el punto de vista de la ética, se refiere a la responsabilidad del médico al tomar la decisión para prescribir y aplicar tales tratamientos.” (<http://www.centrogeo.org.mx/curriculum/GermanMonroy/pdf/iatrogenia/pdf>)

CAPÍTULO II

2. LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La mala práctica médica en el Ecuador es un hecho. La misma ha quedado en evidencia por la difusión de demandas y denuncias por parte de los medios de comunicación, que a su vez han evidenciado la ausencia de una normativa legal que regule este supuesto. A continuación se analizarán dos normativas respecto a la actividad médica y la mala práctica médica:

Código de Ética Médica: Expedido mediante Acuerdo Ministerial 14660-A. Registro Oficial 5 del 17 de Agosto de 1992.

Conforme indica el considerando de este código, lo estipulado en el mismo hace referencia a las obligaciones morales que poseen los profesionales de la salud.

Este código contiene ciento veinticinco artículos, divididos por temas en veinte capítulos. Su contenido es diverso puesto que va desde los deberes de los médicos con los organismos de la Federación Médica hasta la investigación y actualización médica, pasando por temas como los derechos humanos, el secreto médico, la eutanasia, el aborto terapéutico, entre otros.

Respecto al tema de esta investigación en el Capítulo III, Deberes y derechos del médico para con los enfermos (Artículos del 6 al 24, revisar Anexo 1) se mencionan las obligaciones de respeto, tolerancia y honestidad que tiene el médico con el paciente enfermo, y el compromiso que tiene de asistirlo en todo momento pero no se menciona nada acerca de los límites que tiene el médico al momento de desarrollar su actividad. Estos límites están contenidos en la lex

artis médica y su quebrantamiento podría suponer un acto de mala práctica médica, que no se encuentra ni siquiera mencionado en éste código.

Si bien en Ecuador existen entidades que respaldan la profesión médica, sería lógico que estas mismas instituciones, como son la Federación Médica Ecuatoriana y el Colegio de Médicos de Pichincha, también sancionen algún acto falto de ética y dañino para el paciente y la sociedad pero este aspecto tampoco se encuentra desarrollado en el mencionado código.

El código en cuestión es un conjunto de enunciados de los deberes médicos, mas no expresa un medio de control de los mismos. ¿De qué se sirve que existan deberes de los médicos si el incumplimiento de los mismos no genera responsabilidades? La existencia de este código de ética es inoficiosa para el fin de regular la actividad médica.

Por el contrario, países como Colombia tienen un código de ética médica (Ley 23, del 27 de febrero del 1989) que si ha previsto sanciones para aquellos casos de incumplimiento, estableciendo como punto de partida que la actividad médica debe realizarse dentro de los parámetros del riesgo previsto para su profesión. Incluso el órgano colegiado que representa a los médicos tiene el poder de suspender el ejercicio médico hasta por 5 años en casos de una falta grave del profesional, todo esto sin perjuicio de las demás sanciones penales previstas para la falta. En el caso colombiano su código penal contempla sanciones especiales para los profesionales de la salud en situaciones de lesiones al feto, inseminación artificial, entre otros.

La conclusión que arroja el análisis anterior es que la normativa ecuatoriana es hasta cierto punto inútil para el caso de un acto de mala práctica médica. Ahora bien, los legisladores ecuatorianos se han percatado de este hecho y se ha presentado un proyecto de ley que sanciona la mala práctica médica, el mismo que será analizado a continuación.

Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala Práctica Médica: Presentada el 13 de enero del 2010 por la Asambleísta Gabriela Pazmiño, y remitido al Secretario General de la Asamblea, Dr. Francisco Vergara el 18 de enero del 2010.

Según la página web de la Asamblea (<http://www.asambleanacional.gob.ec/tramite-de-las-leyes.html>), el mencionado proyecto aún no es sometido a ningún tipo de análisis por parte de la Asamblea, sin embargo es necesario desglosar el contenido del mismo para esta investigación.

Los motivos que llevaron a la elaboración de este proyecto son básicamente “llenar” el vacío jurídico que existe respecto a la mala práctica médica y poder sancionar aquellos actos.

El Título I de este proyecto recoge algunas definiciones generales, de las cuales las más importantes son: que la responsabilidad médica nace de toda acción u omisión que tenga como fin aliviar la enfermedad del paciente: y que la mala práctica médica se produce por el profesional o no, que maneje la salud cuya conducta incurra en alguna circunstancia como negligencia, ignorancia, inobservancia, etc., y que traiga como resultado una lesión o la muerte del paciente.

El Título II explica que la responsabilidad del profesional o no, que maneje la salud será penal y que se responderá por el dolo o la culpa en el desempeño de esta actividad. Más adelante en el mismo título se indica que la mala práctica médica será una infracción culposa. La sanción será dispuesta de conformidad con el Código Penal.

Hasta este punto, surgen unas incógnitas, ¿Si la mala práctica médica será sancionada conforme al Código Penal Ecuatoriano, no sería mejor tipificar la mala práctica médica e incluirla en el cuerpo legal mencionado, en lugar de crear un ley orgánica para este efecto? ¿Si la mala práctica médica es una

infracción culposa, por qué el médico tendrá que responder que el dolo que exista en la misma?

El mismo título señala como sujeto activo de la infracción a todos los profesionales médicos o no, haciendo referencia a los enunciados en el Artículo 4 de este proyecto (Véase Anexo 2) pero, ¿El ejercicio de la medicina sin un título profesional que lo respalde no debería ser un delito en sí mismo? Se extiende la responsabilidad del profesional o no, a aquellos actos ejecutados por personas que están bajo su tutela y a su vez, se hace responsable al centro de salud que no cumple con procedimientos ni parámetros para la prestación de servicios de salud, es decir, se pretende atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica también, pero ¿cómo?

En cuanto a las penas previstas en esta ley (véase artículo 13 del Anexo 2) se incluye la prohibición de ejercer la profesión de modo temporal o permanente, y se remite al Código Penal Ecuatoriano para determinar las condiciones de la reincidencia y la prescripción.

Y finalmente, su Título III, para determinar la jurisdicción y competencia, ejercicio de la acción penal y sustanciación del proceso de acción pública, se remite al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

De lo analizado se obtienen algunas conclusiones;

- Se ha manifestado que la mala práctica médica es un hecho que debe ser sancionado penalmente, con privación de libertad, prohibición de desempeñar la actividad y resarcimiento el daño causado por lo cual para este efecto el necesario crear el delito de mala práctica médica, situación que se ha pasado por alto en este proyecto de ley.
- Al incluirse la sanción de “prohibición temporal del ejercicio profesional de 30 a 360 días” (véase en artículo 13, numeral 4 del Anexo 2) también debe preverse el modo de rehabilitación ante esta prohibición.

- Se ha establecido también que la responsabilidad por este hecho será subjetiva, toda vez que se han enunciado elementos como el dolo. Mas si en una circunstancia, aunque se verifique la consecuencia dañosa en la salud y vida del paciente-víctima, si no se ha logrado probado la intensión del autor de causar daño, la mala práctica médica quedaría sin sanción.
- Siendo la medicina una actividad que por principio es correcta y permitida, requiere de elementos especiales para determinar que ha devenido en una mala práctica médica, asunto que no se contemplan en este proyecto de ley. En vista de que se pretende investigar a la mala práctica médica como un delito de acción pública, se debería incluir en este proyecto los medios y pruebas especiales a los cuales tanto el Estado como los particulares pueden emplear para determinarla.

Por lo tanto, se puede decir que el proyecto de ley analizado es igualmente inficioso puesto que adolece de muchas carencias, necesarias para sancionar penalmente a la mala práctica médica, no ha dejado en claro qué es la mala práctica médica, qué elementos contiene la misma, qué debe determinarse para acusar a alguien por mala práctica médica y sobretodo ha abierto el puerto a la impunidad de estos hechos, toda vez que no se pueda probar la voluntad del autor para cometerlos.

2.1 ¿Qué es la mala práctica médica?

La *mala práctica médica* en un amplio sentido es entendida como aquel acto médico que trajo consigo un perjuicio al paciente, pero para que sea jurídicamente relevante para el Derecho Penal debe ser comprendida más a fondo.

En épocas pasadas no se contemplaba la posibilidad de sancionar al médico por varias razones como que la medicina es una ciencia muy inexacta en la

cual no hay posibilidad alguna de prever algún hecho o que la esencia del acto médico es lograr la curación del paciente, es decir, generar un beneficio para él, por lo cual es ilógico responsabilizar al médico por un acto “bueno” que salió mal o por último, que es el paciente quien debe seleccionar al facultativo correcto para evitar alguna consecuencia dañosa en su persona, razón por la cual, si se produjera alguna afectación en la persona como efecto de un acto médico, el paciente que indujo a la actividad médica con determinado profesional deberá ser quien asuma los agravios.

Afortunadamente los tiempos han cambiado.

En la actualidad los médicos deben responder por sus actos perjudiciales o de ‘mal praxis’, como también se les denomina, tanto por la vía civil como penal. (...) el cliente, paciente o enfermo cuando se le causa un daño o sea sujeto pasivo de delitos cometidos por los facultativos tiene derecho a las acciones indemnizatorias y a las penales que legalmente le corresponden. (Silva, 1996, p.577).

En las líneas siguientes se detallarán algunos elementos de la mala práctica con el fin de comprenderla y encajarla dentro del Derecho Penal como delito.

2.1.1 Elementos

El juez chileno Hernán Cornejo Loyola, citado por el catedrático Hernán Silva Silva en su libro *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, menciona como elementos de un acto de mala práctica médica los siguientes:

- a) *El autor debe ser médico*: La principal característica de la mala práctica médica está directamente relacionada con el rol que cada individuo desempeña en la sociedad. En el caso del médico su actividad está respaldada por el Estado, toda vez que certifica la capacidad de este servidor de la salud con un título profesional. El profesional médico es la persona calificada y obligada a realizar su labor dentro de los límites

permitidos por su entorno, es por eso que sólo él podría cometer un acto de mala práctica médica. Lo anteriormente dicho no significa, por supuesto, que otros intervinientes en el manejo de la salud y la vida de las personas, queden exentos de responsabilidad, pero no se les puede atribuir la (responsabilidad) que le correspondería al médico. La contraparte de este enunciado es el ejercicio ilegal de la profesión médica, que aunque no haya generado consecuencias lesivas al paciente, es sancionada desde su primer momento de ejecución, como lo hace la legislación española.

- b) *El médico debe encontrarse en un acto de ejercicio profesional:* Este elemento corresponde a todas aquellas acciones inherentes a la profesión médica y no otra. No se podrá acusar de mala práctica médica al profesional que estuvo desempeñando una cuestión ajena a la suya. Es preciso mencionar que este elemento también está relacionado con un momento que se lo analizará más adelante, el *remitir al paciente a un especialista*. La responsabilidad del médico general llega hasta el diagnóstico, siempre y cuando éste haya remitido al paciente a un médico especialista; y una vez que el paciente ha acudido al médico especialista empieza la responsabilidad de éste por los actos que realice.
- c) *Debe causar un daño a las personas:* Este enunciado es el elemento material de la mala práctica médica, que se puede evidenciar en el paciente de muchas maneras. El daño a la persona puede ser físico o psíquico, y en distintos niveles de gravedad. Lo trascendental de este particular es que debe ser innegable que el acto ejecutado por un médico fue el causante de este daño, lo que da lugar al siguiente elemento.
- d) *Debe existir relación de causalidad entre el acto y el daño resultante:* Este precepto será materia de estudio de capítulos siguientes, sin embargo es importante mencionar al respecto que, tratándose de la medicina, para probar esta relación de causalidad es necesario recurrir a la ciencia misma, especializada en conocimientos y someter el análisis

del hecho a profesionales que poseen la experticia y nociones suficientes en esa área.

Los elementos desarrollados están direccionados a plantear que esta mala práctica médica desencadena una responsabilidad, que debe hacerse efectiva mediante la intervención del Estado. Pero, ¿Qué tipo de responsabilidad genera la mala práctica médica? ¿Cómo se puede materializar esa responsabilidad en la legislación ecuatoriana? ¿Cuál es el tratamiento que la mala práctica médica debe tener para determinar la responsabilidad en la misma? Son interrogantes que serán discutidas a continuación:

2.2 Responsabilidad por mala práctica médica

“En efecto, como es sabido, los casos de mala praxis médica pueden resolverse por dos caminos diferentes: el penal y el civil.” (Romeo Casabona, 2002, p.15).

La responsabilidad civil es un concepto que comprende el resarcimiento del daño que un agente ha causado a una persona. Es “el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación.” (Véase en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5648&Itemid=134)

En materia civil, esta reparación del daño se traduce en una indemnización, es decir, entregar un valor económico por el daño causado, lo que trae consigo una incógnita; ¿Una suma de dinero reparará el daño que un médico ha causado a una persona al dejarla cuadripléjica? Una vez confirmado el acto de mala práctica médica, ¿Será suficiente sanción la imposición de pagar determinada cantidad de dinero? ¿Esta intervención del Estado para controlar a la mala práctica médica será efectiva?

En la legislación ecuatoriana la figura mediante la cual se podría solicitar esta indemnización sería la del daño moral, contemplada en el Art. 2232 del Código

Civil Ecuatoriano, la misma que se explica en el inciso segundo del mencionado artículo; indicando que “están especialmente obligados a esta reparación quienes produzca en otros (...) lesiones, y en general sufrimientos físicos o síquicos...” En este sentido, la acción que podría iniciar una persona víctima de mala práctica médica sería una demanda de indemnización por daño moral, pero remitiéndose al ejemplo anterior, algunos miles de dólares nunca podrían reparar el daño causado a una persona al dejarla cuadripléjica, pues este daño es incuantificable. Otro aspecto respecto a esta sanción es que la misma solo surge efecto *inter-partes*, la sanción impuesta al profesional de la salud termina cuando éste otorga el valor de la indemnización a la víctima. Siendo la medicina un derecho para todos los hombres y un ejercicio respaldado por el Estado, la sanción debería tener un efecto *erga omnes* imposible de lograr con una indemnización. Por lo cual, la intervención del Estado para controlar a la mala práctica médica y evitar que la misma cause más daño a la sociedad con esta acción de indemnización sería inadecuada e ineficaz.

La otra posibilidad que existe para resolver el problema de la mala práctica médica es recurrir al Derecho Penal. El Derecho Penal contiene y exterioriza la facultad sancionadora del Estado, toda vez que un individuo transgrede o vulnera un bien jurídico protegido mediante una norma de derecho penal.

Cuando se produce una lesión al bien jurídico protegido por el Estado, inmediatamente interviene el Estado pues éste es el custodio del bien jurídico. La lesión del bien jurídico en materia penal se traduce en el cometimiento de un delito, razón por la cual, para sancionar penalmente al médico por un acto de mala práctica médica debe existir un tipo penal que contenga una sanción privativa de libertad. La privación de libertad encuentra su fundamento en que la libertad es uno de los principales derechos, mediante el cual el ser humano se interrelaciona conforme su voluntad con el resto de individuos; en el momento en que la persona deja de ser libre deja de generar una consecuencia en la sociedad. Si una persona está causando efectos nocivos

para el individuo y para la sociedad, mediante la supresión de su libertad se estará cesando ese efecto nocivo.

En el caso de la mala práctica médica, sancionando penalmente al autor de la misma el Estado sí controlaría a la misma mediante una medida eficaz toda vez que el médico, agente del daño, estaría privado no sólo de su libertad de circular por el territorio nacional sino también de desenvolverse en el mismo. El Estado, mediante una sanción penal estaría suspendiendo el rol que el médico ha venido realizando y a su vez, las consecuencias dañosas que se puedan producir por él (rol).

2.3 Responsabilidad penal por mala práctica médica

Como ha quedado establecido en líneas anteriores, la mala práctica médica requiere mucho más que una sanción civil para ser controlada de manera efectiva por el Estado y evitada por sus posibles autores, es por eso que someter esta falla de la medicina a una responsabilidad penal se estima sea la mejor opción.

Sin duda esta sujeción de la mala práctica médica a una responsabilidad penal es un asunto algo controvertido e incluso osado, pero cada vez ha incrementado más la necesidad la sancionarla y el dilema surge al determinar qué modalidad de la responsabilidad es la que se debe aplicar, ¿Subjetiva u objetiva?

A breves rasgos se puede decir que la responsabilidad subjetiva es aquella que se fundamenta en la intención del autor (dolo); junto con ella debe estar presente necesariamente la condición de imputabilidad del autor, determinada por elementos como su edad, su capacidad mental, entre otras. A continuación se analizarán estos conceptos:

Imputabilidad: “La imputabilidad hace referencia a la capacidad de conocer el sentido de los mandatos y prohibiciones del Derecho y de actuar con arreglo a

esa comprensión (...)” (Jiménez, 2002, p.66). Esta imputabilidad tiene claras excepciones como son las contenidas en el Código Penal Ecuatoriano, respecto del menor, del sordomudo y del demente, además de establecer ciertas condiciones para alegar inimputabilidad en los casos de embriaguez e intoxicación por sustancias estupefacientes. Si se analiza estos conceptos desde el punto de vista del acto médico y del profesional de la salud que lo ejecuta se presentarán las siguientes conclusiones:

- Para ejercer la medicina es necesario que la persona apruebe una serie de conocimientos a fin de que su actividad sea respaldada por un título profesional que le permita desarrollarla libremente, por lo cual el médico conoce los mandatos y prohibiciones de su profesión y a su vez, que los mismos pueden acarrear responsabilidad.
- Ninguna persona que sea menor de edad puede ejercer la medicina.
- Ninguna persona que adolezca a de alguna enfermedad mental permanente y/o sordomudez puede ejercer la medicina.

Por lo tanto el profesional de la salud que ejecuta el acto médico es perfectamente imputable.

Dolo: El dolo puede ser entendido como la intención de causar la infracción, de modo consciente y voluntario. Este aspecto esencial característico del tipo subjetivo posee dos elementos: “el conocimiento de las circunstancias que corresponden a los elementos objetivos del tipo (...) y la voluntad de realización del tipo.” (Ebert, 2001, p.66). Respecto del acto médico, en efecto, sería osado decir que se realizó con dolo, puesto que la medicina es una actividad cuya finalidad es traer beneficios para la salud y el gestor de esos beneficios es el médico. Al tachar de doloso un acto médico se estaría “satanizando” la actividad médica, la misma que en la mayoría de casos tiene ocasión por la voluntad del paciente que escoge y acude al médico de su confianza, y no al revés, el médico no actúa sobre un paciente sin el consentimiento de este ni con la intención de empeorar la situación de malestar en la cual ya se encuentra el enfermo.

Entonces, si la intención del autor de un acto de mala práctica médica no es dolosa, hay que recurrir a un tercer aspecto que se conoce como culpa.

Culpa: La culpa, según la definición del Artículo 14, inciso cuarto del Código Penal Ecuatoriano, existe cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes. Es decir, existe la voluntad de realizar un acto que será conducente para llegar a un resultado, sin embargo, durante el desarrollo de este acto se pueden presentar circunstancias no deseadas que lo desvíen de su curso “normal”.

El fin que persigue el autor del hecho en estos supuestos no interesa al Derecho Penal, es irrelevante para el tipo de lo injusto de los delitos imprudentes, incluso puede ser muy valioso socialmente (como lo es tratar a un paciente, por ejemplo), pero lo que sí importa es la manera en que actuó el autor, esto es, los medios empleados y cómo los utilizó, la falta de diligencia debida en su actuación, lo que pudo conducir a ese resultado involuntario y hasta tal vez ni siquiera previsto, aunque fuera objetivamente previsible. (Romeo Casabona, 2002, p.15).

Lo anteriormente citado tanto del Código Penal como del Doctor Romeo Casabona convergen en un punto, los hechos relacionados con la culpa son carentes de voluntad; no se podría alegar una impericia voluntaria porque la misma se transformaría en dolo, no se podría establecer una imprudencia deseada porque de igual manera se traduciría en dolo y así sucedería con los demás elementos de la culpa.

Entonces, ¿cómo se podría atribuir responsabilidad penal subjetiva a un acto de mala práctica médica si no se ha probado el dolo, o en su defecto, la culpa, que es carente de voluntad? Respondiendo a esta pregunta, la responsabilidad penal subjetiva queda excluida de este supuesto.

Para no permitir la impunidad en un caso de mala práctica médica, una vez que se ha verificado la lesión del bien jurídico protegido (vida) hay que recurrir a la responsabilidad penal objetiva, la misma que deja de lado las intenciones o no, del autor, y sanciona en virtud de la infracción. Este es probablemente el mejor camino para sancionar un acto de mala práctica médica y para hacerlo es necesario encontrar un modelo jurídico que vaya más allá de la clásica definición de delito, puesto que la misma no contribuye a la determinación de la negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia. Es menester reunir elementos distintos a los de la definición clásica de delito para imputar y sancionar por un acto de mala práctica médica, aspectos que están contenidos en Delito Imprudente y sus teorías correspondientes.

El delito imprudente a breves rasgos puede ser entendido como aquel en el que la condición del *dolo* dejó de ser la determinante en la diferencia entre delito y no delito. Para comprender este nuevo tipo, tanto el legislador como el juzgador tienen que hacer un análisis regresivo, partiendo ya no de la intención que tuvo la acción del autor que produjo un resultado, sino a partir del resultar analizar los medios que empleó el autor, y así determinar si cabe una sanción o no.

Para poder formular este concepto, los juristas del mundo debieron atravesar, analizar y superar algunas teorías arrojadas de la misma realidad social. Las que se analizarán en el capítulo siguiente son:

- *Teoría Causalista;*
- *Teoría Finalista: y*
- *Teoría Funcionalista.*

CAPÍTULO III

3. EL DELITO IMPRUDENTE

Sancionar lo previsto pero no querido sin duda ha resultado un desafío para el Derecho Penal, el mismo que ha tenido que evolucionar abordando y rechazando conceptos desarrollados incluso por los mejores juristas del mundo.

Las primeras consideraciones que se deben tener en cuenta para abordar este tema es que la imputación de los resultados ocasionados por un acto imprudente, son atribuibles a ciertas personas únicamente. Regresando al primero capítulo de la presente investigación, las actividades que traen consigo riesgos y peligros para las personas son permitidas por la sociedad puesto que son necesarias y para que se lleven a cabo son encomendadas a personas capacitadas para el efecto.

Una vez que la sociedad ha respaldado y encargado una actividad de esta naturaleza a una persona, inmediatamente la misma se convierte en el custodio del bien jurídico relacionado con dicha actividad. En una sociedad del riesgo, como la que existe en varios países del mundo, incluyendo al Ecuador, las actividades riesgosas cada vez son más razón por la cual el Estado debe regularlas como se ha establecido, mediante la tipificación de las mismas con una figura relativamente nueva, el *delito imprudente*.

Pero lo dicho no significa una transformación de actividades habituales en delitos, en lo absoluto. Lo que se tipifica es aquella actividad que al ser impregnada de *imprudencia* por parte del autor deviene en una lesión al bien jurídico. "(...) no existirá, por regla general, ninguna razón para limitar la libertad por la mera posibilidad de la producción de un resultado cuando (pese a percibirse ciertas condiciones adversas), aún se pueda, conforme a la

experiencia, reaccionar con posterioridad evitando eficazmente la producción de la consecuencia.” (Frisch, 2006, p.26) Sería totalmente absurdo tipificar como un delito una actividad con circunstancias improbables de fallar. Establecido lo anterior, es momento de hacer un análisis comparativo de las diversas corrientes y teorías que se desarrollaron en torno al delito, y concretamente al delito imprudente.

3.1 Teoría Causalista

La teoría clásica, causalista o teoría causal de la acción fue desarrollada por Von Liszt⁸ y por Radbruch⁹; alcanzó su mayor aceptación a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, básicamente propugnaba que la conducta del autor está directamente relacionada con el resultado producido. La acción que manifiesta esa conducta es un movimiento corporal causado por un impulso voluntario, es “causa de la conducta sin importar su contenido” y “produce una modificación en el mundo exterior.” (Meincke, 2001, p. 58).

Para esta teoría la acción se dividía en dos aspectos; el objetivo, que abarcaba la tipicidad y la antijuridicidad, y el subjetivo, que contenía a la culpabilidad.

Lo que busca esta teoría a fin de poder sancionar un delito es encontrar la causa del resultado, es decir, la manera en la que el ser humano se vincula con la consecuencia dañosa. Para hacerlo el legislador tiene que realizar una descripción taxativa (tipicidad) de las acciones *físicas* que el sujeto activo ejecuta (carentes del aspecto psicológico), determinar cuál es el bien jurídico lesionado y cómo lo lesiona (antijuridicidad) y así establecer que esa conducta humana y *no otra* ha sido la causante del resultado. Para constatar este supuesto la *teoría de la equivalencia de las condiciones* explica en primer lugar que el poder del ser humano tiene un alcance limitado por lo que su acción no es la única que determina un resultado; propone un método de análisis que consiste en suprimir mentalmente al supuesto causante del resultado y si es que el mismo se produce incluso en ausencia del supuesto autor, no existirá

⁸ 1851 – 1919, jurista y político alemán.

⁹ 1878 – 1950, catedrático alemán del Derecho Penal.

nexo causal entre conducta y resultado; y viceversa. El problema que encuentra tanto esta explicación como este método es que hay que analizar las demás condiciones anteriores o simultáneas a la conducta del ser humano y decidir a cuál de ellas se le atribuye la causalidad del hecho, situación por demás engorrosa e inviable.

Tratando de “arreglar” este desacierto, posteriormente surge la *teoría de la conditio sine qua non* en la “se imputará un resultado a un hombre – pese a que mismo sea producto de un cúmulo de fenómenos distintos- cuando ese hombre puso su acción para que se produzca el resultado.” (Meincke, 2001, p.60-61) Es decir, aunque para la existencia del resultado es necesario que concurren otras situaciones, existirá un nexo causal entre el sujeto y la consecuencia toda vez que la acción primera de éste sea el detonante de las siguientes. Teoría por demás individualista e irreal, que fue reemplazada por Von Kries y su *causalidad adecuada* que reconoce como causa a “(...) una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico” (Meincke, 2001, p.61) e incluye el elemento de la *previsibilidad* en el análisis del delito. Sin embargo para aplicar esta teoría el juzgador tenía que adentrarse en la mente del supuesto autor para determinar hasta dónde llegaba su conocimiento respecto de la acción y su conducta.

Los distintos matices que se le dio a la teoría causal de la acción confluyeron en un punto principal, la acción entendida como causa de la consecuencia dañosa. Pero una acción netamente físicamente, es decir, aquel proceso biológico de inervación muscular, que no conlleva una intención. La intencionalidad de la conducta causal para los causalistas es hasta cierto punto excluida de la teoría del delito y es tratada en la teoría de la participación. Pero, ¿La acción *ciega* es suficiente para explicar un delito? ¿Qué hace esta teoría respecto de la *no* acción mejor conocida como omisión? Tomando en cuenta que la *acción* es la *causa* del delito que origina la sanción, la *no acción* que ocasiona un delito, ¿Qué es? Esta teoría clásica no sólo no alcanzó a explicar la omisión, sino que también olvidó dar un tratamiento a la culpa; si la acción

causal tiene que ser voluntaria (puesto que los actos reflejos no son causas), ¿Qué se debe hacer con una acción culposa, que adolezca de imprudencia, impericia, inobservancia, etc.? Si esta teoría no toma en cuenta los elementos culposos, ¿cómo podría explicarse el delito imprudente desde esta teoría? Estas incógnitas sin respuestas fueron la que dieron pie a la elaboración de una nueva teoría que va mucho más allá del *desvalor del resultado*.

3.2. Teoría Finalista

¿Qué tan imputable puede ser un acto voluntario si no se ha evaluado el contenido del mismo? Era la principal pregunta que se planteaba el finalismo o teoría final de la acción frente a los postulados del causalismo. Una acción voluntaria sin contenido frente al resultado puede ser un eslabón más de la cadena y no necesariamente un hecho relevante para el Derecho Penal por lo cual no tiene sentido crear normas que regulen y sancionen estos “factores causales”.

Las normas penales, según el finalismo, tienen que ser dirigidas al ser humano, al agente que decide si llevar a cabo o no la acción imprimiéndole una intención para llegar al resultado.

Hans Welzel¹⁰, primer exponente de esta teoría, propuso que “el concepto de acción que tenía sentido para el derecho penal era aquél en el que el contenido de la voluntad anticipa las consecuencias y por ello rige el acontecer exterior.” (Meincke, 2001, p.65) Es decir, el ser humano realiza una acción voluntaria direccionada, el agente accionante sabe a dónde va a llegar su acción y el fin que la misma acarreará; lo trascendente de la acción es su *finalidad* “dirigirse intencionalmente a un fin previamente elegido.” (Meincke, 2011, p.66). Por lo tanto, para Welzel, mientras que la causalidad es ciega, la finalidad es vidente.

¹⁰ 1904 – 1977, jurista y filósofo del Derecho Alemán, desarrolló la teoría final de la acción la misma que fue publicada en 1939.

Para que esta acción final pueda avizorar su destino es necesario incluir el dolo en la acción, entendiéndolo como el conocimiento y voluntad efectiva de realizar el hecho; e incluir a la antijuridicidad en la culpabilidad. La tarea que el juzgador tiene que realizar en este sentido es retrotraer los hechos a partir de la consecuencia dañosa para determinar la dirección final de la acción y así decidir si el autor es imputable o no.

“La dirección final de la acción se realiza en tres fases: comienza con el adelantamiento mental de la meta, sigue con la elección de los medios precisos para alcanzarla y termina con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del acaecer real.” (Meincke, 2001, p.65) cita a (Welzen, p.199)

En los delitos de omisión el jurista alemán comprendió que en estos no existe el mismo proceso que en los de acción, puesto que el autor no escoge las herramientas que empleará para realizar su fin, sino que intenta determinar aquello que es necesario para la no consecución del fin y lo “borra” del proceso.

En cambio en los delitos imprudentes determinó que son aquellos en los que no se tuvo dirección final, propuesta criticada pues la misma volvía a suponer una acción *ciega*, postulado del causalismo. “El modelo finalista (...) tiene como principal escollo el tener que admitir que en la imprudencia, el resultado no es incluido en la misma finalidad de obrar. Los esfuerzos se orientaron a demostrar que en la misma imprudencia también la acción final poseía una meta pero dirigida en otro sentido.” (Struensee, 2002, p.211). Al respecto es pertinente decir que el agente que desempeña una acción o una omisión si tiene una finalidad pero la selección *incorrecta* de los *medios* hace que la misma se desvíe.

A fin de poder analizar a los delitos imprudentes dentro de la teoría de la acción final fue necesario modificarla de la siguiente manera:

- La voluntad analizada en el hecho deja de ser la voluntad psicológica del individuo sino la voluntad que cualquier otro agente pudo haber tenido en su lugar, bajo las mismas condiciones, en virtud de la experiencia de este. El sentido que se le da a esta modificación es la condición de evitabilidad que tiene el resultado de un delito imprudente.
- “La acción pasa a ser el *comportamiento socialmente relevante*. El comportamiento es toda reacción (activa u omisiva) libre del hombre frente a una situación reconocida o reconocible. (...) Respecto del comportamiento socialmente relevante, será aquel que afecta por sus consecuencias.” (Meincke, 2001, p.68 y 69).
- En la acción socialmente relevante ya no se busca la causalidad ni la finalidad de la misma, “sino que la dirección (de la acción)¹¹ debe buscarse de un modo objetivamente generalizador.” (Meincke, 2001, p.69).
- En virtud del postulado anterior, el ejecutor de la reacción puede ser una persona con un entendimiento normal o una persona con un rol determinado en una situación social determinada.
- La imputación, tomando en cuenta la naturaleza de la reacción (acción u omisión) y la naturaleza del sujeto, pasa a ser objetiva. Se parte de un criterio subjetivo (la voluntad – no psicológica individual- sino la que su conocimiento o su rol en la sociedad le obliga) para analizar criterios objetivos de la acción.

A continuación se explicará los criterios objetivos que propone la teoría finalista:

¹¹ Explicación del autor

3.2.1 Infracción del deber de cuidado

Para lograr comprender lo trascendental de este elemento es de suma importancia desglosar primero el deber de cuidado.

En un amplio sentido el deber de cuidado es aquel comportamiento que se les exige a los ciudadanos en la vida diaria, es decir, esa orden intrínseca de la sociedad para el individuo, de acomodarse a “ciertos deberes o reglas con el fin de evitar la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos, especialmente cuando suele entrañar mayores riesgos” (Romeo Casabona, 2003, p.21).

Este deber de cuidado se explica en dos aspectos: el deber de cuidado objetivo y el deber de cuidado subjetivo.

El deber de cuidado objetivo encuentra su origen en la actividad que se realiza, la misma que por su naturaleza arroja parámetros que deben ser observados por todos sus ejecutores para que de esta manera no se cometa un hecho indeseado. Esta objetividad se determina toda vez que la inobservancia o irrespeto de los parámetros traiga consecuencias que puedan ser previstas y proscritas por cualquier persona.

Por otro lado, el deber de cuidado subjetivo supone que las reglas del deber de cuidado deben ser exigidas a las personas por su calidad, en la medida en la que éstas tengan habilidad o no dentro de su actividad. El perfil que encajaría perfectamente en esta definición es el médico, puesto que, según el deber de cuidado subjetivo, el médico en virtud de sus conocimientos y experticia, posee deberes de cuidado totalmente distintos que sólo le podrían ser exigidos a él y que la contravención de los mismos sólo podría sancionarlo a él.

Retomando el enfoque de la presente investigación se analizará la infracción del deber de cuidado en el caso de un médico. Para determinar si hubo o no una infracción de los deberes de cuidado tanto objetivo como subjetivo hay que

“comparar la conducta realizada (...) con las normas de cuidado exigibles en la actividad social de que se trate.” (Romeo Casabona, 2003, p.24)

Estas normas exigibles según la actividad son conocidas como *normas objetivas* que se subdividen en *normas reglamentarias* (reglamentos, protocolos médicos, vademécum, etc.) y *normas técnicas* también conocidas como la *LEX ARTIS*¹², es decir, ese “conjunto de prescripciones que marca las pautas de ejercicio de cada profesión, de conformidad con los saberes y conocimientos científicos adquiridos, la experiencia o pericia del trabajo desplegado o la diligencia y probidad proyectadas en determinado sector de la actividad profesional.” (Mad, 2003, p.118) Respecto de estas normas, la labor del juzgador es la de concretarlas, decidir si lo que se invoca y aplica al caso concreto es una norma reglamentaria o una norma técnica.

En el caso concreto del médico es pertinente señalar que la *lex artis* sólo se aplica y constituye un deber de cuidado objetivo en los casos típicos. Mientras que en los casos atípicos el médico tiene la libertad de método o de tratamiento, que corresponde a un deber de cuidado subjetivo derivado de su experiencia y conocimiento. La labor del médico contiene varias etapas que son: “exploración, diagnóstico, indicación, realización del tratamiento.” (Romeo Casabona, 2003, p. 26) A fin de determinar si ha habido una infracción del deber de cuidado (sea objetivo o subjetivo) hay que analizar cada una de esas etapas, sin embargo se puede concluir las siguientes consideraciones:

- La ciencia médica ha logrado identificar un sinnúmero de enfermedades y cuadros clínicos que tienen un tratamiento propio que en ocasiones se vuelve de aplicación universal, en ese aspecto estos tratamientos desarrollados y probados constituyen un deber de cuidado objetivo y la inaplicación de los mismos, una infracción.

¹² Lex artis: Ley del arte

- “(...) el fallo o error técnico no supone necesariamente la infracción de la *lex artis*; (...) supone *un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del profesional sanitario o paramédico.*” (Romeo Casabona, 2003, p.26). De lo anteriormente citado se puede decir que el médico puede haber aplicado los preceptos objetivos universales para determinada situación pero ésta haber fallado por condiciones externas como el incumplimiento del paciente o condiciones climáticas adversas.
- La norma técnica (*lex artis*) no es directamente proporcional con la norma jurídica, es decir, la infracción de una norma técnica no supone necesariamente la concurrencia de una infracción de la norma jurídica.
- Para determinar si se ha violentado la *lex artis* de una actividad es necesario remitirse a otras ciencias especializadas distintas al Derecho, que detallan de manera profunda los alcances y consecuencias de la actividad desarrollada en sí.
- “El delito culposo implica la construcción de un síndrome de riesgo, debiendo al autor realizar conscientemente el conjunto de circunstancias que integran aquel síndrome que, visto por el observador objetivo – el ordenamiento jurídico -, genera un riesgo para el bien jurídico. En cada caso, habrá que determinar cuál es la norma específica que lo rige, es decir, hallar en qué consiste aquello que está prohibido.” (Maiza, 2002, p.445 – 446) cita a (CCrim. de Trelew, Sala Penal, 9-5-96, “M., J. s/Homicidio simple y lesiones graves.”)

Ahora bien, a fin de comprender de mejor manera la infracción del deber de cuidado por un profesional de la salud, a continuación se presentan algunos ejemplos:

- *Caso de cambio de horarios, guardia:* “La atención de un turno de guardia hospitalaria no puede ser entendida en sentido mecánico o burocrático, no liberando por ende al facultativo a cargo de la responsabilidad de prestar atención a pacientes en emergencia, la

circunstancia de que comenzara su horario de descanso.” (Montanelli, 2005, p.98 – 99). El caso mencionado supone la infracción de un deber de cuidado objetivo toda vez el médico no ha prestado la atención debida al paciente, situación a la cual todo médico está obligado; a brindar auxilio inmediato a una persona que lo requiere sin importar el momento en que se suscite. “La omisión del deber de cuidado de un médico se revela al no adoptar todas las medidas adecuadas a su alcance para determinar la causa de la presencia del enfermo en demanda de ayuda...” (Montanelli, 2005, p.99) cita a (Del voto del Dr. Campos adhiriendo al Dr. Elbert, CN de Apel. en lo Crim. y Corr., Cap. Fed., Sala 06, Argibay – en disidencia -, Elbert, Campos, Ferreriro, J.F. s/Homicidio Culposo, 9/05/1991)

- *Caso de paciente con traumatismo craneal dada de alta:* “Corresponde responsabilizar al procesado, médico de guardia de un hospital público, por la muerte de una paciente de setenta y ocho años de edad con traumatismo de cráneo a quien diera de alta, sin adoptar las medidas que para el caso aconsejaron los peritajes médicos de la causa...” “La acción profesional resulta intolerable cuando supera el riesgo permitido en el arte médico, no pudiendo actuar de manera que exponga la vida de la enferma a un mayor riesgo, teniendo por el lugar que ocupa un mayor deber, funcionando en estos supuestos los delitos imprudentes como delitos de infracción de un deber, alcanzando la violación a éste a realizar el tipo, completándose el aspecto subjetivo por el deber de previsión del resultado, como consecuencia de sus conocimientos generales y específicos como médico, que lo obligaban a actuar de otra forma.” (Montanelli, 2003, p. 102) cita a (Del voto del Dr. Donna, Zappacosta, Antonio – No Sent.: c. 37.686, Sala I-Magistrados: Donna, Tozzini, Rivarola- Rta.27/2/91). El caso que antecede se presenta la infracción tanto de un deber objetivo como de uno subjetivo; el primero se evidencia toda vez que otros médicos han asegurado que el procedimiento empleado no fue el adecuado ni el recomendado por el caso y el segundo, cuando se menciona que el médico en razón de su

conocimiento y experticia debió haber obrado de manera distinta a la plasmada en la realidad. Para determinar la infracción del deber de cuidado objetivo se han comparado las normas que cualquier otro profesional de la salud hubiese aplicado en dicha situación, logrando así establecer que las medidas adoptadas constituyen una inobservancia de los procedimientos usuales. Por otro lado, para determinar la infracción del deber de cuidado subjetivo se ha tomado en cuenta que el médico en mención es un profesional que ha tenido años de educación y preparación lo que hacen que le sea exigible un comportamiento específico que no debió obviar, y en virtud de esta violación de preceptos es que debe recibir una sanción.

En este punto, luego de haber analizado y comprendido qué es el deber de cuidado y la infracción del mismo, hay que continuar con el análisis de la consecuencia de este elemento; la concurrencia de un resultado típico.

3.2.2 Resultado típico

“La construcción lógica de la realización del tipo se parece a lo siguiente: se parte de una acción final del autor y de sus conocimientos individuales de las circunstancias del hecho. De ahí se constituye la obligación de actuar con el cuidado razonable, a la que el autor está sujeto, como también su plan de acción. Entonces se podrá determinar qué comportamiento realizó efectivamente el autor ese día y de qué modo esto resulta irreconciliable con la obligación de tener el cuidado razonable.” (Puppe, 2008, p.76-77).

Para que la infracción del deber de cuidado sea trascendental para el Derecho Penal es necesario que ésta traiga una consecuencia fáctica, algo que se vea reflejado en la realidad de las personas. En el presente caso de la medicina, dicha consecuencia tiene que presentarse en el paciente, ya sea en su salud o en su vida. Entonces la norma penal se enfrenta con una dualidad propia del caso, sancionar la acción o la omisión.

Del anterior análisis de la infracción del deber de cuidado se puede decir que la misma puede presentarse con la concurrencia de acciones que determinen un resultado o con la inacción o inconcurrencia de las actividades debidas. Quedando establecido lo anterior, ¿Cuál es la modalidad de la norma penal entonces?

“La norma no puede prohibir resultados, sino acciones finales dirigidas a producirlos o que puedan aparejarlos por infracciones al deber objetivo de cuidado.” (Castro, 2002, p.250). Por lo tanto la norma penal debe establecer el tratamiento tanto para una acción que infrinja el deber de cuidado como para una omisión que también lo haga; lo que es conocido como la delimitación entre delito de comisión y delito de omisión.

Respecto de la omisión algunos autores afirman que “sólo se puede imputar una omisión si la realización de la acción requerida hubiera impedido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad (...)” (Roxin, 1976, p.151). En este sentido es importante introducir también el concepto del centro de gravedad de la reprochabilidad de cada caso, que consiste en establecer que tan imputable es la consecuencia de un hecho a una persona relacionada con el mismo. En el caso de la medicina antes de atribuirle responsabilidades penales al profesional de la salud por una omisión hay que establecer dos condiciones: qué tan grave fue dicha omisión, es decir, si la inactividad del médico fue determinante en la salud o vida del paciente o dada la condición médica del paciente, la consecuencia se hubiese producido de manera inevitable y si dicha omisión sucedió debido a una imprudencia del médico. Así es como la norma antes de tipificar una omisión médica debe tomar en cuenta estas dos posibles circunstancias.

Respecto de la comisión o de la acción, “lo único que hay que constatar es si un hacer positivo es causal respecto del resultado; y si se puede afirmar esto (...) sólo queda por averiguar si ese hacer es imprudente según las reglas generales.” (Roxin, 1976, p.153). Lo anteriormente citado se respalda con la

aseveración del Dr. Julio César Castro, catedrático de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, citada en las líneas que anteceden. La norma debe prohibir una acción, la misma que puede ser catalogada como tal analizando el sentido social de la acción, es decir, si aquello que se exteriorizó corresponde a una acción respecto de la sociedad.

Pero, tomando en cuenta que la actividad médica envuelve un sinnúmero de actividades y procedimientos, cómo establecer si el detonante del resultado típico fue una acción o una omisión. Autores como Kaufmann y Spindel se han expresado de la siguiente forma:

“regla... de que un comportamiento unitario, que contiene elementos tanto de actividad como de omisión, es caso de duda debe considerarse como hacer positivo.” (Roxin, 1976, p.152) cita a (Eb. Schmidt-Festschrift, p.212).

“preguntar primero por el lado activo de un comportamiento bilateral y de doble significado y entenderlo como hacer activo en caso de duda.” (Roxin, 1976, p.152) cita a (Eb. Schmidt-Festschrift, p.194).

La solución que manifiesta la doctrina parece ser muy sencilla, sin embargo, en el transcurso de una investigación al respecto ni el centro de gravedad ni el sentido de la acción, ni el presumir acción en caso de duda lograrán establecer verdades tanto como lo hace el nexo causal, tema que será tratado a continuación.

3.2.3 Nexo de causalidad entre la acción/omisión y el resultado

Luego de haber desglosado los elementos de la infracción del deber de cuidado y el resultado típico es necesario poder vincularlos para que se impute a alguien por ellos y justamente es esa la labor del nexo de causalidad.

El nexo de causalidad establece esa relación básica que explica que a causa de la infracción del deber de cuidado se produjo el resultado típico. “(...) es decir, que la realización del tipo ‘se basa’ en la infracción del cuidado. Si el resultado se hubiera producido aún con una conducta conforme al deber, faltará el necesario nexo fundamentador de la responsabilidad y habrá de absolver.” (Roxin, 1976, p.156).

En este punto el cuestionamiento principal es ¿La infracción del deber de cuidado fue la que causó el resultado típico? Como se manifestó anteriormente la acción u omisión que se presentan en casos médicos son de naturaleza imprudente lo que complica gravemente la comprobación de que el resultado que se produjo es la consecuencia lógica de la infracción del deber de cuidado pero no por eso se puede absolver todos estos casos.

El destacado jurista alemán, Dr. Claus Roxin, en su libro “Problemas básicos del Derecho Penal” explica algunos puntos importantes como:

- El nexo causal es el portal que divide la condición de imputable o no de una persona;
- Es aplicable tanto en un caso de acción como en uno de omisión;
- Partiendo del hecho de que se ha producido un resultado no querido, pero real, para comprobar la existencia del nexo causal es menester hacer una evaluación *inversa* de las situaciones y hechos. Para explicar este enunciado se analizará el ejemplo siguiente:

Caso de la novocaína: “El médico había empleado para anestesiarse una inyección de cocaína¹³ en vez de novocaína¹⁴, que era lo indicado

¹³ “La cocaína es una droga estimulante del sistema nervioso central, concretamente del sistema dopaminérgico ‘neuronas’. (...) Efectos: Aceleración mental, aumento de la presión arterial,” entre otros. Tomado de http://www.ucm.es/info/pssoc/estudioSaiz/informacion_sobre_la_cocaina.htm#6.2

Una inyección de cocaína es mortal “La dosis mortal de cocaína en inyección endovenosa única es de 1g aproximadamente. No existe tratamiento farmacológico específico para la intoxicación aguda por cocaína ya que los síntomas y signos conductuales (tales como agitación psicomotora) pueden ser totalmente

médicamente. Ello era un fallo profesional, y el paciente murió a consecuencia de la inyección. Posteriormente se puso de manifiesto que, dada la constitución física del paciente, posiblemente el empleo de novocaína, por el no que no se le hubiere podido reprochar nada al médico, también habría provocado la muerte.” (Roxin, 1976, p.150)

La evaluación *inversa* de la situación ya está enunciada en el ejemplo; existía la posibilidad de que aún con la administración de la novocaína el paciente falleciera. Entonces, ¿esto significa que en este caso debido a la posible concurrencia del resultado de modo natural no existe nexo causal? Definitivamente no, en este caso particular existe un nexo causal innegable, el deber de cuidado tanto objetivo como el subjetivo fueron violentados; toda vez que la novocaína fue la prescrita por el médico no debió pasarse por alto este mandato y menos aún, por un profesional de la salud que iba a realizar la labor de anestesiar a un paciente, por consiguiente la infracción del deber de cuidado se materializa en una acción que trae como resultado un resultado típico, el nexo causal existe y ha sido comprobado.

Sin embargo, ¿qué se puede hacer en el caso de que aún con el suministro de novocaína el paciente fallezca? En este caso el nexo causal es inexistente pues no existe ningún elemento que pueda relacionar al sujeto con el objeto, es decir, al médico con la muerte del paciente. “Únicamente no habría acción punible si se comprobara con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que (...) la muerte también se habría producido empleando novocaína.” (Roxin, 1976, p.160) cita a (Tribunal Supremo del Reich, caso novocaína).

diferentes a los síntomas o signos fisiológicos (disminución o elevación de la presión arterial etc.)”
Tomado de <http://www.tecnociencia.es/especiales/cocaina/farmacologia.htm>

¹⁴ La **Procaína** es un [fármaco](#) que bloquea la conducción nerviosa, previniendo el inicio y la propagación del impulso nervioso. Por esta característica se le confiere la capacidad de actuar como un [anestésico local](#) y generalmente es utilizada para combinarla con otros medicamentos. Se introdujo en 1905, siendo el primer [anestésico local](#) sintético y es un aminoéster. Es también llamada Novocaina. Tomado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Proca%C3%ADna>

Entonces, ¿cabe afirmar que si, de todas formas, existían grandes posibilidades de que el resultado típico se produzca (incluso por condiciones ajenas al médico) se debe absolver al profesional de la salud?

A continuación se presente un ejemplo propio para ilustrar la respuesta al cuestionamiento precedente:

Ingesta de ácido, caso suicido: Una persona ingresa a la sala de emergencias de un hospital debido a la ingesta voluntaria de una gran cantidad de sustancia caústica¹⁵, cuando el médico examina al paciente se entera de que el deseo de éste (paciente) es suicidarse, por lo cual el médico no recomienda tratamiento alguno para el paciente. El paciente muere a causa de necrosis gástrica.

“Si la acción del autor, que fue causante del resultado delictivo recae sobre un objeto del hecho, respecto del cual otro desarrollo conducente al mismo resultado ya ha alcanzado es ese momento una medida tal que a juicio humano era de esperar que se produjera el resultado con independencia de la conducta antijurídica del autor, falta el desvalor del resultado en el hecho y, con ello, una parte del tipo de injusto. En cambio, subsiste el desvalor del acto.” (Roxin, 1976, p.162).

En el caso del suicido existen ciertas consideraciones previas; en primer lugar, la ingesta de una gran cantidad de una sustancia caústica como el ácido clorhídrico puede ser mortal por lo que las probabilidades de que una persona fallezca debido a eso son muy altas; segundo, el profesional de la salud puede haber deducido que incluso con una dieta líquida y un lavado estomacal el daño era irreversible, el paciente fallecería de todas formas; tercero, el médico

¹⁵ Sustancia caústica: “Se denominan agentes cáusticos a aquellas sustancias que producen quemadura en el tejido con el cual se ponen en contacto. Agente corrosivo es aquel compuesto químico capaz de producir lesiones químicas directas sobre los tejidos.” Tomado de <http://www.encolombia.com/medicina/Urgenciastoxicologicas/Causticosycorrosivos.htm> Ejemplo: ácido clorhídrico.

pudo haberle dado tratamiento al paciente pero prefirió omitir un comportamiento debido.

Entonces de lo anterior se concluye que, aun cuando se le hubiese aplicado algún tratamiento al paciente en mención, la muerte hubiese sido un desenlace inevitable y en dicho caso, pero se hubiese absuelto al médico porque no hay nexo causal alguno. Pero, en el presente caso, el médico creyó que las probabilidades de la muerte del paciente eran absolutas razón por la cual decidió no aplicar tratamiento alguno, lo que hace que se lo sancione, no por el resultado, sino por la omisión en su actuar, lo que da lugar a un nexo causal por la infracción de un deber de cuidado.

3.2.4 Imputación Objetiva

La imputación objetiva reúne “una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad”, que permiten establecer que no se produce una conducta típica únicamente con la reunión de dicho elementos (de la tipicidad) sino que a más de ellos, una conducta típica “se determina como la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle” (Gimbernat, 2007, p. 325).

Por lo tanto, si es que se pretende imputar a alguien bajo un criterio objetivo, dejando de lado la culpa o dolo del autor, no basta con alegar la existencia de una acción antijurídica determinada en la ley, sino que habrá que probar que aquella acción encaja en las instituciones, consideraciones y principios estudiados y esquematizados en los siguientes pasos:

Primero: Determinar si aquella acción/omisión constituye una infracción al deber de cuidado (objetivo y/o subjetivo). De ser así, el *segundo* paso será comprobar que esa infracción del deber de cuidado trajo consigo un resultado típico; *tercero:* comprobado lo anterior es menester vincular innegablemente al primer paso con el segundo, es decir, que se evidencie que fue la infracción del deber del cuidado la que ocasionó el resultado típico y cualquier otro acontecimiento, lo que se conoce como nexo causal. Si el análisis del caso ha

reunido las instituciones y elementos descrito en la presente investigación, se podrá imputar a una persona bajo un criterio objetivo, constatando lo fáctico y real, y no el plano interior y subjetivo del autor, puesto que éste puede haber sido distinto al producido.

Aunque esta teoría superó algunas de las falencias de la teoría causalista aún persiste una respecto a la calidad del sujeto (persona con entendimiento normal o persona con un rol determinada), la misma que hace que toda la teoría tenga un enfoque distinto. ¿A quién se debe imputar penalmente, a la persona con entendimiento normal o a la persona con un rol determinado? ¿Se puede sancionar cualquier actividad dañosa con la imputación objetiva? El funcionalismo propuesto por Claus Roxin responde a estas incógnitas.

3.3 Teoría Funcionalista

Esta teoría, también conocida como la *Teoría de la Imputación Objetiva*, pretende desarrollar la teoría del delito a partir de la política criminal y de la finalidad preventiva de la pena. Para Claus Roxin, padre de esta teoría, el tipo objetivo no debe ser sólo el vínculo entre reacciones (acciones u omisiones) y resultados; para que proceda la sanción en contra de la realización del tipo hay que tomar en cuenta elementos *valorativos* del mismo, los que una vez comprobados determinarán si aquel acontecimiento es reprobado por la sociedad.

La política criminal desempeña un papel muy importante en esta teoría, pues a partir de la misma es que se originan sus postulados.

Niklas Luhmann, sociólogo alemán, propuso la *teoría de los sistemas*, que pretendía mediante la aplicación del derecho la reducción de la complejidad. Según esta teoría “siempre existen más posibilidades de las que pueden ser actualizadas” (Meincke, 2001, p.71) pero al segmentar a la sociedad en sistemas, se limita esta condición y “no se espera todo de todos” (Meincke, 2001, p.71) pero se mantiene una expectativa respecto del integrante de

determinado sistema. Esta expectativa más adelante para fines del Derecho Penal se traduce en un *rol*, comprendido como aquel conjunto de expectativas “*cuya extensión está delimitada por el hecho de que, aunque son ejecutadas por personas, no se encuentran unidas necesariamente a éstas, sino que van dirigidas al titular de una determinada posición social según lo que se espera de tal posición. (...) Las expectativas que trata el derecho, son aquellas que surgen del quebrantamiento del rol y que lesiona a un esfera jurídica ajena.*” (Meincke, 2001, p.73)

En la sociedad del riesgo actual, cada vez es más frecuente que las actividades o roles que desempeña el ser humano vulneren la esfera jurídica ajena por la condición riesgosa que envuelven; así el encargado de ese rol se convierte en garante del bien jurídico que involucra aquella actividad y al lesionarlo debe ser sancionado. El problema surge cuando hay que determinar en qué momento el “custodio” del bien jurídico se sale de los límites de la normalidad afectando lo garantizado por el Estado. Esta dificultad para hallar la anormalidad del hecho se presenta únicamente en los delitos imprudentes, puesto que en los dolosos queda sobreentendido que la anormalidad es la propia acción (matar, robar, golpear) que causa daño.

Un rol riesgoso por excelencia es el que realiza el profesional médico, en la cual difícilmente se puede desarrollar la teoría del delito desde la perspectiva causalista o de la finalista. Un acto médico imprudente no puede ser solucionado alegando que si su acción fue la detonante de todo el proceso dañoso hay que imputar o peor aún que fue la causa del resultado porque muchas veces, debido al sinnúmero de factores que intervienen en la medicina esto es casi imposible de determinar. Tampoco es posible decir que el fin que el médico perseguía con su acción era el de causar daño puesto que eso va en contra de la propia profesión médica y pasaría al campo de los delitos dolosos. La actividad médica, sea producida mediante actos u omisiones sí tiene un fin, el cual no siempre se puede alcanzar por circunstancias *anormales* que lo vician. Es en ese punto en donde el análisis del delito imprudente desde la

perspectiva del funcionalismo entra al juego. Un comportamiento determinado por los límites que impone la sociedad respecto de una actividad sólo se le puede exigir a quien desarrolla esa actividad, es decir, una persona con un rol asignado, no una persona con un entendimiento normal, como lo enunciaba el finalismo. Y es en este caso específico en donde sí se podría imputar objetivamente luego de analizar los elementos valorativos del tipo que esta teoría propone.

3.4 Teoría de la Imputación Objetiva

“Para esta teoría, lo decisivo es si una persona cualquiera en la situación del autor debía omitir el comportamiento en cuestión en aras de la evitación del resultado y, por tanto, puede ser responsable por la producción del resultado. Si éste no es el caso, ya no se plantea la cuestión de la imputación subjetiva del resultado al autor concreto.” (Kindhäuser, 2008, p.614).

En esta teoría, no por la presencia efectiva de un hecho se atribuirá responsabilidad a una persona, sino que se le atribuirá esta responsabilidad si la misma ha sobrepasado el campo de acción permitido por la ley.

“(…) la exigencia de limitar la responsabilidad (…) deriva de que objetivamente *ex ante* esto es, en principio, temporalmente antes o durante la ejecución de una acción debe existir la posibilidad de verificar si la ejecución de la acción está o no prohibida, pues si el resultado se produjera de manera objetivamente inesperada e inesperable como consecuencia de una acción, sería absurdo explicar posteriormente que la acción en cuestión estaba prohibida.” (Kindhäuser, 2008, p.615).

Para determinar de modo *ex ante* una prohibición el Derecho Penal debe recurrir a otras ramas especializadas, a los principios generales de determinada ciencia y así, aparte de configurar una prohibición, comprender el sentido y fin de la misma. Esta determinación *objetiva* de prohibición envuelve

cuatro elementos que permiten responsabilizar a una persona bajo la figura de la imputación objetiva, y son:

Riesgo permitido;

Capacidad de prever el daño;

Principio de confianza;

Prohibición de regreso.

Los enlistados elementos serán analizados a continuación:

3.4.1 Riesgo permitido

Hoy en día, casi todo entraña un riesgo; un saludo cordial puede ser el detonante de una gripe al contagiarse de un ser humano a otro o una cirugía médica realizada conforme a la *lex artis* puede devenir en la muerte, pero por supuesto son cuestiones a las que el ser humano no puede renunciar, puesto es un ser sociable por naturaleza; así lo explica el jurista alemán Günther Jakobs en su libro “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”.

Entonces, partiendo del hecho de que es imposible vivir en una sociedad sin exponerse a riesgos, la sociedad se ve en la necesidad de tolerar estos (riesgos), lo que se conoce como el *riesgo permitido*. El autor antes mencionado explica a este riesgo permitido “como un resultado de costes y beneficios: beneficio (...) por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, costes (...) la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo.” (Jakobs, 2007, p.34). Lo anteriormente citado debe ser comprendido de la siguiente manera: cuanto más apegada sea una actividad a los parámetros del riesgo permitido, menor será la posibilidad de afectar a un bien jurídico por la misma. La incógnita que surge respecto de esto es si es el Derecho Penal va a delimitar todas las actividades humanas; la respuesta a esta pregunta es negativa. El Derecho Penal, como se ha mencionado antes es la *ultima ratio*, es decir, el último recurso que se empleará por la sociedad para restablecer el orden; es la propia sociedad la que debe limitar los riesgos y aceptarlos para de esa manera la prohibición impuesta a

una violación de los mismos esté legitimada. ¿Pero cómo surge esta creación de riesgos permitidos?

Siguiendo los argumentos del Doctor Jakobs, los riesgos que se permiten son aquellos que traerán un beneficio para la actividad y para las potenciales víctimas de la actividad mal desarrollada, siempre y cuando el carácter de las potenciales víctimas sea anónimo; “el riesgo sólo puede ser tolerado en la medida en que ex ante las víctimas sean anónimas, y ello porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporte.” (Jakobs, 2007, p.37).

Por lo tanto lo que se ha desarrollado hasta el momento arroja las siguientes conclusiones:

- La necesaria interacción entre los individuos y la sociedad es la principal fuente de riesgos;
- Al ser inevitable la vida en sociedad, es la misma quien legitima la existencia de riesgos;
- La creación de un riesgo permitido no es un permiso para no delinquir, ni siquiera e es un tipo sino es una actividad lícita con un esquema de acción.

Una vez entendido al riesgo permitido hay que desglosar su posibilidad opuesta, el riesgo no permitido o reprobado.

“(…) todo ilícito es siempre la creación de un riesgo reprobado.” (Sancinetti, 1998, p.123) De esa definición se puede inferir que todo aquello que prohíbe la norma es un riesgo reprobado pero debe haber algo más.

“(…) una acción está típicamente prohibida cuando constituye la creación de un riesgo reprobado y este riesgo se realiza efectivamente en el resultado.” (Sancinetti, 1998, p.102).

Para comprender de mejor manera este tema del riesgo reprobado se lo analizará desde el punto de vista de la medicina. Como ya se dijo en el primer capítulo, la medicina es una actividad de riesgo pero necesaria, consecuentemente entorno a la misma giran riesgos permitidos y riesgos no permitido o reprobados. Los primeros se evidencian cada vez que un médico asiste a un paciente, toma sus signos vitales, le receta medicamentos, lo interviene quirúrgicamente, etc. Pero los segundos no están obligados a matar al paciente para que existan, los resultados de estos riesgos tiene que efectivizarse, sí y además deben estar previstos en la norma penal.

Uno de las primeras acciones que se debe verificar si se quiere argumentar la creación de un riesgo reprobado es la infracción a la *lex artis* (desarrollada en líneas precedentes) y si esta infracción fue la causante del resultado, puesto que no toda infracción de este tipo supone una consecuencia dañosa. Esta observancia de la *lex artis* debe realizarse durante toda la interacción médico-paciente, a continuación se presentan algunos momentos a manera de ejemplo:

Primera etapa: Diagnóstico: Un diagnóstico médico realizado conforme a la *lex artis* supone:

- a) *Un diagnóstico personal:* Si el paciente ha escogido al profesional de la salud, ha obligado a éste a entrar en contacto directo con él. El médico no debe en ningún momento hacer suposiciones o fundamentar sus decisiones en consultas previas de otros galenos.
- b) *Analizar no sólo el aspecto físico sino también el psicológico del paciente:* El cuerpo humano no siempre evidencia toda la sintomatología característica de una enfermedad, es por eso que el médico debe entrevistar al usuario de los servicios de salud puesto que sólo éste puede proveer datos respecto de su dolencia.
- c) *Remitir el caso a un médico especialista:* Dado que la ciencia médica ha progresado tanto y cada vez es mayor el conocimiento de los órganos y funciones del cuerpo humano, sería una omisión grave que un médico

general no remite al paciente a un médico especialista, creyendo que el primero puede curar al usuario.

Los ejemplos anteriores han permitido esclarecer la aplicación de la *lex artis* en esta primera, pero etapa fundamental de la atención médica. Sin duda una infracción en esta etapa es un ejemplo perfecto de riesgo reprobado que traerá consigo fallas en las siguientes y obligará al médico o equipo médico a regresar al diagnóstico para superar los errores incurridos, si es que es posible.

Segunda etapa: Tratamiento: Una vez culminada con éxito la primera etapa, el médico debe informar al paciente acerca de la enfermedad o hallazgo médico, y comunicarle las opciones de tratamiento que tiene, de la siguiente manera:

- a) Para dejar constancia y lograr un seguimiento adecuado del paciente, todo médico obra conforme a la *lex artis* elaborando una historia clínica, en la cual se detallará desde los datos personales del paciente hasta particularidades del mismo, como alergias, enfermedades hereditarias, etc.
- b) El deber de información es otro elemento transcendental de la *lex artis*, el cual conlleva el proporcionar información objetiva, veraz y clara. Respecto a la ciencia médica, el paciente se encuentra en desventaja frente al médico al desconocer de la misma es por esto que el médico debe comunicar al paciente todo lo relativo a su salud, enfermedad, tratamientos, consecuencias y expectativas para que paciente puede decidir sobre ello, no hay que olvidar que hasta cierto punto la actividad médica es inducida y en ella interviene el consentimiento del paciente.
- c) Una vez obtenido el consentimiento informado y sin vicios del paciente, respecto del tratamiento o tratativa que se le dará a la enfermedad, el médico debe iniciar con las seguridades del caso, tomando en cuenta posibles restricción del tratamiento por ejemplo.

De haber realizado el tratamiento conforme a la *lex artis*, se ha superado el riesgo reprobado en esta etapa y se continúa con la siguiente.

Tercera etapa: Post-tratamiento:

- a) La actividad médica no termina cuando el paciente a terminar de ingerir la dosis de medicamentos prescrita o sale de la sala de operaciones, el médico debe continuar con su relación profesional con el paciente por algunas semanas o menos para constatar la evolución del mismo y asegurarse de la enfermedad o afección del paciente ha sanado.
- b) En la etapa de post-tratamiento, al igual que en el resto de las etapas pero médico que obra conforme a la *lex artis* debe guardar confidencialidad respecto de la condición del médico, lo que no significa que el médico no pueda comentar a otros profesionales de la salud acerca de determinada afección.

Cumpliendo las actividades de las etapas enunciadas, el profesional de la salud ha desarrollado su actividad enmarcada en los límites del riesgo permitido, pero si omitiese o excediere lo establecido, ello constituiría un riesgo reprobado por el cual se le podría responsabilizar penalmente, incluso si su intención no hubiese sido la de produce un agravio, basta con la previsibilidad que el médico tuvo *ex ante* de lo ocurrido.

El tema de la previsibilidad será desarrollado a continuación:

3.4.2 Capacidad de prever el daño

Este concepto también conocido como la *evitabilidad* está muy ligado al concepto de riesgo reprobado, de hecho para poder afirmar que un sujeto ha sido capaz de prever el daño y evitarlo, éste primero tiene que estar consciente de que al crear un riesgo reprobado puede producirse un daño; en este punto la norma entra en juego puesto que “sólo es capaz de cumplir la norma quien puede reconocer que se le dirige a él, y además qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden.” (Días, 2002, p.337).

En el caso del médico la norma que direcciona el comportamiento del profesional de la salud es la *lex artis*, que a más de obligar a los médicos y demás operadores de salud, describe lo que se debe hacer para cumplir con ella. La *lex artis* está contenida en libros, instructivos, reglamentos, entre otros; y si bien se ha elaborado en base a generalidades ha servido para diseñar un campo de acción permitido.

“La esencia de la evitabilidad (...) reside en poner conocer la antijuridicidad de la conducta. El autor es culpable porque no ha utilizado la capacidad de reconocer la antijuridicidad de su acto.” (Días, 2002, p.338)

El catedrático argentino Horacio Leonardo Días ha descrito como requisitos de la evitabilidad los siguientes:

- a) *El autor debe tener la clara posibilidad (conocimiento potencial) de conocer la antijuridicidad de su conducta;* tomando en cuenta que cada individuo en la sociedad desarrolla una actividad lícita se presume que éste tiene el conocimiento suficiente para desempeñarla dentro de los parámetros del riesgo permitido, en consecuencia también está en la capacidad de reconocer el riesgo reprobado y las implicaciones de éste.
- b) *Debe haber tenido ocasión concreta de saber la recta posibilidad de su acción, inversa a la asumida luego en contra de la norma;* Esta capacidad de prever como se dijo está ligado a la consciencia que existe al crear un riesgo reprobado, contrario al que la *lex artis* (en el caso del médico) le ordena. La generalidades previstas en la ley diseñan el escenario en el cual el médico realizará la labor y trazar las líneas correctas que médico debe seguir, lo que significa que el recto proceder está ahí mas es el ejecutor quien decide si seguirlo o irse en su contra.
- c) *Le debe ser exigible la posibilidad de conocer la antijuridicidad;* la obligatoriedad de sujeción a una norma traer implícito en ella que su transgresión acarreará una sanción, en el presente caso del médico debido a que la actividad médica interactúa con bienes jurídicos

protegidos como lo son la vida y la salud, la transgresión de la norma obligatoria también supone un hecho antijurídico.

Así mismo, en este punto hay que identificar dos elementos posibles que son: la *evitabilidad* de un hecho y la *inevitabilidad* del mismo. Tanto el primero como el segundo concepto giran en torno al *error de prohibición* que no es otra cosa que el vicio que puede confundir “la significación jurídica del hecho, y en tal caso es considerado como no atentatorio contra la norma.” (Días, 2002, p.346).

Entonces un error de prohibición es evitable cuando se prueba que el autor de un supuesto hecho hizo todo lo posible para que no se produzca, buscó otras alternativas y comunicó la gravedad la situación. Por el contrario, en el error de prohibición inevitable “no hace falta comprobar que el autor hizo todo lo que estaba a su alcance para evitarlo, sin conseguirlo, sino que la misma inevitabilidad puede afirmarse allí donde aquél incluso no hizo nada, si por mucho que hubiese hecho nunca habría podido deshacer el error sufrido.” (Días, 2002, p. 351).

Lo que si queda sentado luego de la información antes analizada es que si es posible atribuirle la capacidad de prever el daño a un agente operador (de cualquier actividad y en especial de la médica) también es imputable la creación de un riesgo reprobado.

El siguiente paso es entonces determinar a quién o a quiénes atribuirles esta responsabilidad e imputarlos, para lo cual se desglosará el principio de confianza y el de prohibición de regreso. “(...) si lo que la persona en cuestión realiza precede al comportamiento de otro que lleva a cabo la ejecución, puede que deben tomarse en consideración determinadas reglas especiales (...) que forman parte del principio de confianza o de la prohibición de regreso.” (Jacoks, 2007, p.34).

3.4.3 Principio de confianza

El principio de confianza es aquel que debe ser aplicado cuando un grupo de personas manejan el riesgo permitido. El principio “trata de determinar cuándo existe el deber de examinar la corrección de las conductas que se acoplan a las propias, o bien cuándo se puede confiar lícitamente en que ellas han sido llevadas a cada adecuadamente.” (Ferrante, 1998, p. 89)

Sí efectivamente se puede confiar en las conductas de otros es “lícito obrar como si los intervinientes obraran de modo correcto, aun cuando de hecho no lo haga.” (Ferrante, 1998, p. 89). Con lo antes dicho, ¿se puede aseverar que esa presunción de obrar correctamente de un agente deslinda de responsabilidad al otro?

No necesariamente; debido a que este principio supone la bien fundada confianza del autor en alguien más, la responsabilidad por el hecho hasta cierto punto se divide entre ambos sujetos, o se diluye para el que confió siempre y cuando el autor advierta que el otro conserve la “capacidad material de cumplir con su deber, (...) de que no defraudará la expectativa de conducta que pesa sobre sus espaldas.” (Ferrante, 1998, p.90).

Ahora se estudiará al principio de confianza en la actividad médica.

La labor de un médico debido a la tecnificación de la misma ya no se puede realizar por un solo individuo, una cirugía por ejemplo requiere a más del cirujano del anestesista y del instrumentador, es por eso que cuando un acto médico produce una consecuencia prevista pero no querida, hay que determinar si existió un principio de confianza puesto que en base a éste se establecerá el grado de imputación y a quién atribuirlo.

Volviendo al concepto del principio de confianza “no crea un riesgo jurídicamente reprobado quien obra confiando en que otros cumplirán con su

rol dentro de un resultado causado como consecuencia de la actividad conjunta de varias personas.” (Bernate, 2010, p.161).

Los roles son el elemento determinante aquí, puesto que en una actividad conjunta cada persona que participa en ella tiene un rol asignado que deberá realizarlo dentro de los parámetros permitidos y en su momento de ejecución será esa persona la responsable de la protección del bien jurídico, por lo cual si en su momento se produce alguna afectación al mismo será esa persona y no otra, la responsable e imputable por el hecho. Pero no es posible alegar que existió un principio de confianza en todo rol desempeñado. El principio de confianza sólo puede alegarse que existió en aquellos roles que son trascendentales e independientes para el bien jurídico, es así, que el cirujano en una operación no podría asegurar que existió un principio de confianza con el residente que asistía la operación, como si lo podría hacer con el anestesiólogo. La razón de lo antes dicho es que en ausencia del residente la cirugía se hubiese llevado a cabo de todas formas, pero en ausencia del anestesiólogo no.

Uno de los casos más controversiales de la actividad médica es el olvido de instrumentos quirúrgicos o compresas dentro de un paciente, es ese caso particular el principio de confianza operaría de la siguiente manera:

Una paciente ingresa a cirugía para que se le practique una colecistectomía¹⁶, días después es dada de alta pese a sufrir dolores abdominales, estos dolores se agudizan. Su marido preocupado por esta situación la lleva a un centro de asistencia médica distinto al que se realizó la cirugía. El médico tratante de este centro médico dice que hay que operarla de emergencia pues hay un “objeto” que está obstruyendo el píloro; se ingresa a la paciente a cirugía y se le extrae una compresa quirúrgica. La obstrucción de esa porción del intestino

¹⁶ La **colecistectomía** es la intervención quirúrgica, que se realiza para quitar una vesícula biliar enferma. Veáse en: http://www.tuotromedico.com/temas/intervencion_de_vesicula.htm

delgado ha ocasionado en la paciente una peritonitis aguda crónica¹⁷ que aunque fue controlada, a la larga generó en la paciente una congestión cardiopulmonar.¹⁸

El principio de confianza si quisiera ser alegado en el caso mencionado tendría que ser invocado por el último de la cadena del equipo médico, en este caso el que realizó la sutura final. Al hacerlo, él habría confiado en que los demás intervinientes en la cirugía han obrado correctamente, por ejemplo: el anestesiólogo ha administrado la correcta dosis de anestesia para que el paciente permanezca sedado durante toda la operación; el asistente ha empleado los instrumentos necesario para la succión, el instrumentador quirúrgico ha revisado que los instrumentos utilizados en la operación estén completos, la enfermera ha certificado que los signos vitales son estables y finalmente, en razón de todo lo anterior, el cirujano ha realizado la sutura de la incisión.

Si se logra demostrar que el último agente de la cadena anterior tuvo motivos suficientes para confiar en el resto del equipo, no será imputado, caso contrario se lo imputará objetivamente.

3.4.4 Prohibición de regreso

La prohibición de regreso “afirma que no puede hacerse responsable a una persona por un resultado si lo ha causado mediante un comportamiento adecuado a su rol social; a través de un comportamiento adecuado al rol no se crea un riesgo no permitido.” (Kindhäuser, 2008, p.622).

Conforme a lo mencionado en el principio de confianza, el rol que desempeña una persona es lo determinante. La asignación y realización de un rol necesario a la sociedad no exime a una persona de tomar las precauciones y decisiones

¹⁷ Infección o inflamación severa de parte o todo el peritoneo, el recubrimiento del tracto intestinal. Véase en: http://www.hipernatural.es/es/enfperitonitis_aguda.html

¹⁸ Datos extraídos de una jurisprudencia colombiana del 18 de mayo del 2005.

pertinentes para su correcto desempeño. “El rol social no libera a nadie de su deber de evitar la creación de los riesgos que conoce (...)” (Kindhäuser, 2008, p.623). Pero, ¿Se puede alegar ‘de hecho’ que alguien conoce las circunstancias que convierten a su rol en un riesgo reprobado?

Las circunstancias que crean un riesgo permitido son las que se le proporcionan a un agente para su formación en esa actividad lícita, por lo tanto existen, están a su alcance y le son exigibles aquellas condiciones mínimas y generalidad, sin embargo cuando este agente ha cumplido su rol con diligencia y observancia a las reglas, no se le podría exigir que tenga un conocimiento “extra” que le permita visualizar lo arriesgado de su comportamiento en determinado momento.

Esta institución de la *prohibición de regreso* es aplicada cuando se desarrolla la teoría de la participación en un caso, e indica justamente eso, la limitante que existe de retrotraer los hechos para imputar responsabilidad, siempre que uno de aquellos hechos (roles) se hayan realizado dentro del riesgo permitido, como una actividad lícita y cotidiana.

Un ejemplo de la vida diaria puede ser el de taxista que recoge a dos personas que solicitan transporte; le indican el lugar del destino y el taxista los transporta. Cuando llegan al lugar indicado ambos sujetos proceden a asaltar el local.

En este caso, el taxista ha realizado una actividad lícita, cotidiana y dentro del riesgo permitido, no tenía modo de saber que los usuarios del servicio de transporte eran delincuentes ni mucho menos que se estaban transportando al lugar que asaltaría¹⁹.

Ahora bien, se analizará un caso médico:

Una persona acude al médico pues se siente muy cansado, somnoliento y con dolor muscular en la zona de cuello y espalda, le comunica al médico que ha

¹⁹ Hechos tomados del artículo ‘Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso’, Dr. Urs Kindhäuser, Bonn, Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro II, 2008.

estado sometido a mucho estrés; el médico diagnostica el síndrome de fatiga crónica²⁰ y prescribe la ingesta de una tableta de valium²¹ antes de dormir por 30 días. El paciente utiliza este valium para envenenar a su compañero de trabajo, quien termina en coma y días después muere debido a una sobredosis²².

En el caso anterior, el médico cumplió con su actividad lícita y cotidiana, por eso cuando se investigue el caso de la muerte del compañero de trabajo, está prohibido regresar a analizar la actividad del médico para intentar atribuirle alguna responsabilidad en el incidente. Aunque el médico diagnosticó y medicó a un paciente, no existía la mínima posibilidad de que el médico conociera las intenciones de usar esa medicación por parte del paciente para asesinar a su compañero de trabajo.

Con los principios antes descritos, la teoría de la imputación objetiva permite a una persona exceptuarse de la atribución objetiva que comporta un daño (previsto) producido 'sin querer' toda vez que ésta (persona) haya participado en una actividad relacionada con el hecho. La imposibilidad de probar los principios y condiciones hará que se le impute la sanción contenida en la norma, no por la intención de causarla, sino por la falta de evitación de la misma.

²⁰ Es un trastorno complejo caracterizado por la extrema fatiga que puede empeorar con la actividad física o mental, teniendo como premisa que no mejora con el descanso. Véase en:

<http://viviendosanos.com/2009/06/el-cansancio-cronico.html>

²¹ VALIUM® está indicado para el alivio sintomático de la ansiedad, tensión y otros malestares asociados con el síndrome de ansiedad. También puede ser útil como adjunto al tratamiento de la ansiedad o nerviosismo asociados con desórdenes psiquiátricos. Véase en:

http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/36551.htm

²² La sobredosis de benzodiazepinas se manifiesta generalmente como una depresión del sistema nervioso central que va de somnolencia a coma. En casos leves, los síntomas incluyen somnolencia, confusión mental y letargo. En casos más serios, los síntomas pueden incluir ataxia, hipotonía, hipotensión, depresión respiratoria, coma (en casos raros) y muerte (muy raro). Véase en:

http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/36551.htm

CAPÍTULO IV

4. JUZGAMIENTO DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN ECUADOR

Después de haber explicado el actual contexto social en el donde se desarrollan las actividades diarias y haber establecido que las mismas pueden llegar a ser tan riesgosas que lesionan los bienes jurídicos protegidos por el Estado, es menester que éste (el Estado) las controle. El mecanismo que supone ser el más eficiente es el poder sancionador del Estado que se manifiesta en la creación y aplicaciones de normas y sanciones penales para aquellas personas que sobrepasen los límites permitidos para su actividad.

La medicina, en este caso, es una actividad cuyo objetivo es preservar la vida del individuo mediante el empleo de conocimientos e implementos que posee el profesional de la salud. Difícilmente se podría suponer *dolo* en esta actividad, aun así, la misma puede causar daños irreversible e incluso lesiones o la muerte de la persona si es que se convierte en *mala práctica médica*. Tomando en cuenta estas consideraciones se llegó a la conclusión de que el análisis más idóneo para estos casos de mala praxis en el ámbito penal sería el desarrollar la teoría del delito a partir del funcionalismo. Para hacerlo es necesario instrumentar la intervención del Estado a partir de principios generales del Derecho y disposiciones legales a fin de que sea aplicable a casos concretos.

4.1 Principios generales del Derecho Penal

Los principios generales del Derecho constituyen una fuente del mismo. Son catalogados como una expresión universal del Derecho Natural que se invoca al momento de materializar los límites y conductas que el Estado exige a sus habitantes para lograr la armonía en la sociedad.

En materia de Derecho Penal, los Principios Generales del Derecho son fundamentales al momento de “castigar” al delincuente y prevenir futuros delitos. El principio de legalidad es uno de los más importantes puesto que sustenta el hecho de que la única manera de sancionar a alguien es mediante un acto tipificado como delito en el ordenamiento legal; este principio va de la mano con el principio de proporcionalidad al establecer en la norma una sanción que mantenga el equilibrio entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las individuos. El principio de irretroactividad de la norma es otro de los más significativos al establecer el momento de efectividad de la norma penal e impidiendo sancionar un hecho anterior a su tipificación. Y finalmente, el principio del Debido Proceso, a más de estar plasmada en una política criminal aceptada a nivel mundial, es una exigencia que afianza el sistema de juzgamiento de los países.

“La concurrencia de estos principios provoca que la ley, que es la manifestación de la voluntad del legislador, sea también la expresión racional de una serie de límites al poder punitivo y, a la vez, de garantía de derechos del ciudadano.” (Sánchez, 2004, p.56)

A continuación se desarrollan los principios enunciados a fin de comprender dentro del contexto del juzgamiento de la mala práctica médica como un delito autónomo contra la vida.

4.1.1 Principio de Legalidad

El principio de Legalidad conocido también como el aforismo jurídico “*nullum crime nulla poena sinne lege*²³” contiene la exigencia de plasmar en una norma el hecho que contravenga el o los bienes jurídicos protegidos por el Estado. En el caso del Estado Ecuatoriano el principio de Legalidad es una garantía constitucional de doble efecto contenida en el Art. 76. numeral 3: “Nadie podrá

²³ “Ningún delito ni pena sin ley previa”, Cabanellas, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, 2005, Buenos Aires.

ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal (...), ni se le aplicará una pena sanción no prevista por la Constitución o la ley. (...).” Y en el Art. 82: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas *previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*²⁴”

Queda claro entonces que para sancionar un acto éste tiene que estar prohibido por el ordenamiento jurídico, por lo tanto es necesario analizar qué situaciones son las que deben ser tipificadas; para hacerlo es preciso invocar al principio de *insignificancia*. A breves rasgos, el principio de insignificancia libera de tipificación a aquellas acciones u omisiones que supongan un “ataque insignificante al bien jurídico (...) la menor culpabilidad o escasa reprochabilidad” por el acto (Balcarce, 2001, p. 90) en virtud de esto, mediante el método de exclusión, se puede decir que aquellas situaciones que no se puedan acoger al principio de insignificancia, necesariamente tienen que ser tipificadas para evitar que el daño sea mayor en la sociedad.

Es decir, el legislador tendrá que hacer una descripción taxativa de las acciones/omisiones y sus características, a fin de la sociedad logre encontrar en el ordenamiento jurídico tanto la tipificación como la sanción a aquello que vulnere el bien jurídico garantizado. Pero conforme a lo antes dicho, no se puede tipificar cualquier cosa y de cualquier manera. Para ubicar a este principio en un plano más práctico es necesario hacer las siguientes consideraciones:

- “(...) la legalidad implica que la ley penal debe ser producto, única y exclusivamente, del *órgano* habilitado previsto en el texto constitucional, siguiendo el *procedimiento* al efecto establecido en tal instrumento supremo.” (López y Jarque, 2004, p.108). En el Ecuador, la Carta Magna

²⁴ Las cursivas son propias del autor.

establece que el órgano designado y reconocido para la creación de leyes y normas es la Asamblea Nacional (Art. 132 y Art. 133), mediante el proceso contenido en el mismo cuerpo legal en los Arts. 134 y siguientes.

- El principio de Legalidad no debe estar plasmado únicamente en la norma penal sino en todo lo que rodea al delito, de la siguiente manera:
 - a) *Legalidad de la investigación*: Toda persona posiblemente involucrada en un hecho delictivo podrá ser investigada únicamente mediante las pruebas y métodos reconocidos y descritos en las leyes.
 - b) *Legalidad del delito*: La conducta que pretende atribuirse a cierta persona debe estar claramente descrita en la ley penal.
 - c) *Legalidad de la pena*: La sanción que se pretende imponer a cierta persona antes de su aplicación debe estar determinada tanto cualitativa como cuantitativamente por el legislador.
 - d) *Legalidad procesal*: El proceso penal debe ser desarrollado conforme a lo prescrito por la ley respectiva.
- “(...) el principio de legalidad se complementa con otras dos pautas fundamentales: no hay juez sin ley (*nemo iudex sine lege*), y no hay condena sin juicio fundado en la ley (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*)” (López y Jarque, 2004, p.109).

Por lo tanto relacionando este principio con el tema principal de esta investigación, no basta con que la sociedad sienta los estragos que un acto de mala práctica médica le causa para que éste sea castigado; es menester que el Estado mueva todo su aparataje a fin de normativizar dicho acto y sancionarlo.

4.1.2 Principio de Proporcionalidad

La proporcionalidad que debe ser tomada en cuenta al elaborar una norma penal estará reflejada en la pena establecida para el hecho y en la aplicación de la misma. Es de suma importancia tomar en cuenta este precepto normativo

toda vez que ante el poder punitivo del Estado el individuo se encuentra en desventaja.

A fin de determinar si existe o no proporcionalidad en una sanción impuesta la misma deberá cumplir los siguientes objetivos:

- *Que la pena sea susceptible de lograr el objetivo que motivó a la creación de la norma;* es decir, si se pretende que la norma penal logre controlar y evitar la concurrencia de un resultado dañoso mediante la amenaza de una sanción, la aplicación de la misma debe reflejar una reducción en la consecución de dicho resultado.
- *Que la pena sea necesaria, puesto que las demás opciones no satisfacen las demandas de la sociedad;* las otras opciones existentes deberán resultar inútiles o inadecuadas para remedir el daño causado no sólo al individuo sino a la sociedad. Cuando una situación ha sobrepasado la esfera individual y ha vulnerado a la sociedad en conjunto, es momento de recurrir a un medio que tenga repercusión a nivel general.
- *Que la pena sea equilibrada respecto al costo/beneficio de su imposición; incluso que traiga mayores ventajas que desventajas con su aplicación;* en este aspecto, la política criminal necesariamente tiene que verse reflejada en la relación coste/beneficio; por dar un ejemplo en la política criminal Welfarista las penas impuestas eran costosas en términos económicos puesto involucraban a más de la sanción privativa de libertad, todo un sistema de reinserción del delincuente en la sociedad y el beneficio percibido fue casi nulo porque dicho manejo de la criminalidad produjo un incremento en los delitos y en la sensación de inseguridad y descontento de la población. Por otro lado, en el Derecho Penal del Enemigo, puede que la economía procesal salga favorecida al no incurrir en procesos penales por la antelación de la sanción al posible delincuente, pero el supuesto beneficio de la sociedad al respecto puede no ser el esperado, toda vez que los derechos y garantías de los individuos pueden ser suprimidos por este nuevo manejo del crimen.

Dada la naturaleza de un acto de mala práctica médica, la tarea de legislarla debe ser realizada con mucha cautela puesto que la misma debe regular a la medicina como una actividad riesgosa sin estigmatizar al médico que actúa sin intención efectiva de causar daño

4.1.3 Principio de Irretroactividad de la norma penal

La irretroactividad de la norma penal tiene como punto de origen el principio de legalidad antes explicado. La invocación de la irretroactividad de la norma marca los límites de su aplicación. “El principio *tempus regit actum*” enunciado – equivalente a “*el tiempo rige el acto*” – constituye la base del sistema de aplicación de la ley penal en el tiempo, resultando equiparable su relevancia a la que reviste el principio de territorialidad en la aplicación espacial de las leyes penales.” (López y Jarque, 2004, p.109).

En virtud de este principio, un acto constituirá delito únicamente si al momento de su cometimiento se encuentra tipificado en algún cuerpo legal como tal. De igual manera, la pena que se aplicará a un delito tendrá que ser la que se encuentre vigente al momento de dictar sentencia.

Este parámetro constituye la regla general a emplearse en todos los casos, salvo la invocación del principio *in dubio pro reo* para la aplicación retroactiva de una ley “más favorable” al delincuente. Esta excepción alcanza importancia “pues la modificación legislativa evidencia el cambio de la valoración efectuada en el contexto social, que lleva al Legislador a consagrar una reforma que atenúa el rigor de la disposición que antecede, o directamente lo suprime.” (López y Jarque, 2004, p.110) En este sentido la sociedad ha adoptado medidas que hacen que el grado de afección que un acto tiene disminuye, incluso se puede dar la situación en la cual determinado deja de ser considerado *significante* para el Derecho Penal y se lo elimina como delito, haciendo que una persona que está siendo procesada por ese acto quede en libertad.

Al respecto cabe señalar que una vez que esté tipificado un acto de mala práctica médica como un delito autónomo contra la vida en el Código Penal, el mismo podrá ser objeto de denuncias y someterse a procesos penales, no así lo serán aquellas situaciones de la misma índole que tuvieron ocasión antes de la promulgación del delito puesto que la ley es para lo venidero.

4.1.4 Principio del Debido Proceso

El principio del Debido Proceso, también contenido en la Constitución del Ecuador (Art.76), expresa la garantía que tiene toda persona de que se respeten sus derechos como son: la presunción de inocencia, legalidad, indubio pro reo, entre otros, cuando ésta es sujeto de investigaciones por parte del Estado, para determinar tanto derechos como obligaciones controvertidas derivadas de un acto o hecho de aquel individuo.

Tal es la importancia de este principio para el Derecho que se han desarrollado ramas específicas del Derecho para comprenderlo a fondo. En el caso del Derecho Penal la rama que se enfoca en el entendimiento e implementación del Debido Proceso es el *Derecho Procesal Penal*. Autores como Zaffaroni²⁵ entienden al derecho procesal como aquel instrumento que “regula la forma en que se realiza el derecho penal y sus respectivos ámbitos de actuación (...)” (López y Jarque, 2004, p.32) cita a (Zaffaroni, 2006, p.98) Así se hace notar grandes diferencias entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal:

- El Derecho Penal determina para cada delito una sanción, el Derecho Procesal Penal determinar la existencia o no del delito para imponer la sanción.
- “Cuando por el derecho penal una conducta no puede penarse, procede la absolución; cuando por el derecho procesal penal no puede ejercerse la acción por un delito, no hay proceso.” (López y Jarque, 2004, p.32)

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, argentino. Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

- Una infracción al derecho penal supone una sanción, una infracción al derecho procesal penal trae consigo la nulidad.
- El Derecho Penal es un conjunto de actividades cuya ejecución supone una pena de privación de libertad; el Derecho Procesal Penal por su parte, es un conjunto de mandatos y prohibiciones para las partes que intervienen en el proceso penal.
- El cumplimiento o no de las prescripciones del Derecho Penal recae sobre el individuo, que es el directamente afectado por la inobservancia de las mismas. El Derecho Procesal Penal, en cambio, está dirigido a organizar el funcionamiento de todas las instituciones que intervienen en el manejo de justicia penal.

Tomando en cuenta las diferencias señaladas se puede concluir que el Debido Proceso es un principio que equilibra la relación que nace entre el individuo y el Estado cuando se presupone la existencia de un delito, obligando al Estado a cumplir con normas que respetan los derechos del ser humano cuando este es sujeto de un proceso en donde el Estado es parte procesal.

4.2 Mala práctica médica como un delito autónomo

Según los informes de la Fiscalía General del Estado correspondientes a los años 2009, 2010 y lo que va del 2011 las denuncias por *lesiones inintencionales* ha ido incrementado de 17 (año 2009) a 60 (año 2010), y a 70 (año 2011) alcanzando el número de 147 a nivel nacional. Al consultar en el Catálogo de Delitos²⁶ de la misma entidad se describe al tipo de la siguiente manera: “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial”, el mismo documento establece que la pena para tal infracción será de 8 días a 3 meses junto con una multa de 6 a 12 dólares. A todo esto surge la interrogante, ¿Cómo es que un caso de mala

²⁶Véase en: <http://www.cep.org.ec/catalogo/tbl06delitoview.php?iddelito=87>

práctica médica llega a investigarse bajo este tipo penal? Para contestar a la misma fue necesario recurrir a sus actores principales, los agentes fiscales.

El Dr. Patricio Navarrete, ex-fiscal de la Unidad de Delitos contra la Vida, actual agente fiscal de la Unidad de Delitos contra la Fe Pública explicó que una las principales contingencias que tiene que enfrentar un agente fiscal al conocer un caso de posible mala práctica médica es “acomodarlo” a los tipos penales existentes dada la notoria ausencia del específico en la legislación penal ecuatoriana. La obligatoria sujeción a las normas existentes para evitar la impunidad ante tal caso hace que la investigación y los fundamentos tanto para la acusación como para la abstención tengan que ser hallados en normas específicas de la ciencia médica, pero no necesariamente complementarias del Derecho Penal.

En ocasiones, la labor de los actores en el sistema de justicia penal se vuelve más compleja de lo que ya es; para verificar la existencia a algún elemento de la culpa (negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia) en un acto médico, tanto el fiscal como el abogado defensor deben recabar información en documentos legales que no tienen la misma jerarquía ni la misma competencia y por si fuera poco tienen sanciones incompatibles entre sí. Razón por la cual iniciar un proceso penal por mala práctica médica en Ecuador es imposible.

Otro de los inconvenientes que está presente al acomodar los hechos al tipo penal existente es que la pena no es proporcional con el daño. Como se señaló anteriormente, la pena que se atribuiría a una persona que haya causado lesiones a otra será de 8 días a 3 meses. En el caso de que una persona causará la muerte a otra “por falta de previsión o de precaución²⁷” la pena sería de “tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica²⁸.” En este sentido la imposición de una de estas penas a un profesional de la salud no es proporcional al agravio que el

²⁷ Art. 459, Código Penal Ecuatoriano.

²⁸ Art.460, Código Penal Ecuatoriano.

médico pueda causar, una sanción de días o meses prisión (susceptible de caución) no va a resarcir en absoluto la lesión permanente causada a un paciente o la muerte del mismo.

Además, la mala práctica médica no es un aspecto tan sencillo de definir como “falta de previsión o precaución”, pues en la medicina sí es posible *prever* como lo afirma el Dr. Nelson Jurado, geriatra-gerontólogo y médico forense. Para que una persona desempeñe actividades como un profesional de la salud primero debe atravesar por una preparación tanto académica como práctica de gran esfuerzo y larga duración. Dentro de la misma, a los próximos galenos se los prepara para enfrentar ciertas eventualidades normales y permitidas dentro de su área, lo que en medicina se conoce como *margen de error*. El margen de error varía de especialidad en especialidad y se lo elabora basándose en condiciones objetivas y determinando índices de excepcionalidad, y constituye aquellas fallas que pueden presentarse de forma “común” durante el ejercicio de la medicina. Si un profesional de la salud causará alguna consecuencia en el paciente, distinta a la “normal” y la misma está contemplada dentro del margen de error, difícilmente se podría acusar al médico de mala práctica médica, puesto que dicho acontecimiento nunca constituirían una falta de precaución sino un “gaje del oficio.”

Respecto a la falta de previsión que mencionan los artículos antes señalados, el Dr. Jurado explica que en la ciencia médica existe lo que se conoce como *predictibilidad* que se calcula mediante fórmulas matemáticas y permite que el profesional de la salud vea más allá de los resultados actuales que uno y otro tratamiento o intervención puede causar en el paciente, y así tomar una decisión más acertada respecto de su actuación. De igual forma existen protocolos, manuales de procedimiento y vademécum médicos de índole universal, que se actualizan conforme avanza la medicina y es deber del médico ponerse al tanto de los mismos, puesto que una falla, fuera del margen de error, causada por una inobservancia a estos documentos médicos no

correspondería una mala práctica médica, sino de un acto doloso del profesional de la salud.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que la labor de los agentes fiscales es la de recabar elementos para comprobar la existencia del delito y la participación efectiva del denunciado en él, bajo esta premisa es imposible decir que la tarea de asimilar una situación como la mala práctica médica a un delito de lesiones inintencionales u homicidio inintencional es la correcta por parte de estos operadores de justicia penal, principalmente porque violenta tanto el principio de prohibición de analogía como el principio de legalidad. Probar y acusar un acto de mala práctica en virtud de una *falta de previsión o precaución* es una hipótesis fácilmente descartable puesto que la mala práctica médica tiene muchos otros elementos distintos a estos que deben ser tomados en cuenta para formular una acusación, si se fundamenta la acusación en la falta de previsión la misma puede ser superada toda vez que la misma no está respaldada en criterios objetivos, sino en la apreciación del agente fiscal.

Por otra parte, se encuentra presente la participación que tienen los médicos respecto de la regulación de la mala práctica médica por el Derecho Penal. Este grupo de profesionales se encuentra consciente de la existencia de este problema sin embargo apoyan la propuesta de creación de un tipo penal específico para la mala práctica médica porque la misma se lo merece. Incluso son los propios médicos están dispuestos a probar que un profesional de la salud ha cometido un acto de mala práctica médica pues este individuo pone en desmérito a toda la profesión. Era de esperarse que se encuentren en desacuerdo con la sujeción arbitraria de un “error médico” a un homicidio inintencional o lesión inintencional porque como se mencionó anteriormente, el análisis que se les da a estos delitos no se sustenta en criterios objetivos, que son los necesarios y adecuados para determinar si existe o no mala práctica médica.

Por los fundamentos antes expuestos, ambos profesionales, del Derecho y de la Salud respectivamente, han acordado en que la mala práctica médica reúne todos los elementos para que sea tratada como un tipo penal autónomo, la sujeción arbitraria de la misma a tipos penal “similares” o más amplios no soluciona el problema del tratamiento de la mala práctica médica, sino que por el contrario, lo agrava.

4.3 Necesidad de creación de un tipo penal específico

Luego de todas las condiciones y circunstancias analizadas a lo largo de toda esta investigación salta a la vista que la mejor solución para el problema de la mala práctica médica en la legislación ecuatoriana es crear un tipo penal específico que la catalogue como un delito que atenta contra la vida de las personas. Bajo los parámetros analizados de la Teoría Funcionalista se ha elaborado el siguiente tipo penal:

4.3.1 Propuesta del tipo penal de mala práctica médica

Art. XXX, Mala práctica médica: El médico profesional que en ejercicio de su profesión, pudiendo prever el daño, cause la muerte al paciente será reprimido con reclusión menor ordinario de tres a seis años e inhabilitación para el ejercicio de su profesión por dos años adicionales a la pena privativa de libertad.

La sanción procederá siempre y cuando se pruebe que la acción u omisión del médico excedió los límites de la profesión.

En el caso de equipos médicos, no bastará con probar que el profesional denunciado excedió los límites permitidos. Deberá probarse también que el médico fue el único encargado de velar por la vida del paciente en ese momento y que su actuación no estuvo respaldada por las actuaciones anteriores o simultáneas del resto del equipo médico.

Si la acción u omisión del médico profesional produjo lesiones físicas y/o psíquicas permanentes en el paciente, será sancionado con prisión de dos a cinco años e inhabilitación para el ejercicio de su profesión por un año adicional a la pena privativa de libertad.

El anterior tipo penal elaborado debería ubicar en el Título VI DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS, Capítulo I DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA, a continuación del Art. 462 del actual Código Penal Ecuatoriano.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- La sociedad actual respecto del delito ha atravesado un arduo proceso de evolución en cuanto a sus políticas criminales que van desde el Welfarismo (Estado de Bienestar) hasta el Derecho Penal del Enemigo. Es decir, pasó de ser una sociedad que sentía empatía y victimizaba al delincuente a una sociedad que catalogaba al delincuente como un enemigo público.
- Este cambio drástico en la sociedad trajo como resultado una *sociedad esquizofrénica* que vivía aterrada y enojada tanto con el delincuente como con el Estado, lo que produjo que los índices de delincuencias aumenten. Para “rescatarla” se crea el modelo de la Sociedad del Riesgo, mismo que enfrenta a los seres humanos con la amenaza de destruirlos que traen la ciencia y la tecnología empleadas en actividades diarias. Este modelo no supone una tipificación de todas las actividades cotidianas pero si incluyen los elementos del riesgo y del peligro en las mismas.
- El incremento del riesgo (mayor o menor probabilidad de peligro) y del peligro (mayor o menor probabilidad de que se produzca el resultado dañoso) en las actividades de la vida diaria crearon la necesidad de que el Derecho Penal se *expandiera* envolviendo en su esfera a situaciones no contempladas antes por considerarlas inofensivas.
- Estas actividades, antes inofensivas, hoy en día catalogadas como riesgosas son aquellas que el ser humano requiere para su bienestar y utiliza la ciencia y la tecnología para desarrollarlas. Dentro de este grupo de actividades se encuentran: la explotación de recursos, la energía nuclear, las actividades laborales, la medicina, entre otros.
- La medicina, una actividad riesgosa por excelencia, es necesaria para mejorar y perpetuar la vida de las personas razón por la cual es inducida por el individuo quien tolera (al igual que la sociedad) la exposición de sus derechos a un riesgo permitido. Aquí, el Derecho Penal Expandido

juega un papel importante, puesto que toda vez que se supere el riesgo tolerable, éste entrará en acción. Al respecto, las sociedades deben estar prevenidas y aceptar esta nueva función del Derecho Penal.

- Para asegurar que el Ecuador es una sociedad del riesgo hay que hacer un breve recuento de su evolución respecto del Derecho Penal. La primera muestra de política criminal y derecho penal que tuvo este país fue una sociedad dominada por instituciones extranjeras que sancionaban en base a la discriminación racial, social y religiosa mediante torturas. Superado este episodio, el Ecuador entra a su época republicana en donde nace el primer Código Penal aún torturador. Y finalmente, se llega al último y actual Código Penal elaborado en la Presidencia de Eloy Alfaro, que en un intento de acomodarse a las situaciones actuales y las necesidades de la gente ha sido “remendado” varias veces. Este intento de expansión del Derecho Penal ha traído un laberinto jurídico en el cual existe la “buena voluntad” de sancionar a los nuevos delitos pero aún no existe la manera de instrumentarla. El Ecuador no sólo es una sociedad del riesgo, es una sociedad del riesgo en emergencia que requiere de una reforma urgente que le permita controlar y sancionar actividades riesgosas que han afectado a sus habitantes como lo es la medicina, que ha quedado en evidencia en los últimos años.
- Cuando la medicina supera el riesgo permitido por la sociedad se presenta una situación de mala práctica médica. La mala práctica médica es aquella acción u omisión del profesional de la salud, que en ejercicio de su profesión, ha causado un daño físico y/o psíquico al paciente. Al causar daño a las personas debe generar responsabilidad en sus autores, y la responsabilidad penal se estima sea la mejor opción, sin dejar de lado la posibilidad de indemnizaciones.
- Esta situación penosamente se presenta en el Ecuador en cifras alarmantes, pero más alarmante aún es que la legislación que existe para darle tratamiento a la misma es prácticamente obsoleta; de nada sirve un código de ética que enuncie los deberes morales y reales del

médico si ante un cumplimiento no los sanciona. Igual de inútil es un proyecto de ley que se remita a los Código Penal y de Procedimiento Penal carentes de esta regulación, y que hasta la fecha no se le dado trámite en la Asamblea.

- Alrededor del mundo se ha intentado regular y sancionar a la mala práctica médica mediante la atribución de responsabilidad penal y la mejor solución hasta el momento es tratarla como lo que es, un delito imprudente. Existen algunas teorías del delito que explican al delito imprudente, como la *teoría causalista*, *la finalista* y *la teoría funcionalista*, sin embargo ésta última es la que abarca todos los aspectos involucrados en un delito imprudente.
- La Teoría Funcionalista o también conocida como Teoría de la Imputación Objetiva deja de lado la intencionalidad o no que tuvo el autor del hecho para analizar el resultado y en virtud del mismo someter al tipo penal a un análisis mediante elementos valorativos como son el riesgo permitido, la capacidad de prever el daño, la prohibición de regreso y el principio de confianza. Si en el desarrollo de la teoría del delito mediante este modelo se comprueban estos elementos no se podrá imputar objetivamente al autor, caso contrario se lo imputará.
- Al existir una posibilidad jurídica de solucionar el problema de la mala práctica médica en el Ecuador hay que materializar esa solución mediante la creación de un tipo penal autónomo de mala práctica médica, puesto que la sujeción de la misma a una modalidad del delito de homicidio ha fracasado. Para poder lograr este fin tan loable es necesario acogerse a las reglas primeras del Derecho (principios generales), a los mandatos supremos del Estado (Constitución) y las necesidades actuales de la sociedad, de esta sociedad del riesgo. Así, el tipo penal que arroje este ejercicio será una descripción taxativa de elementos objetivos y subjetivos que cumplan con la misión encomendada, regular y sancionar a la mala práctica médica.

RECOMENDACIONES

- Ante la actual sociedad del riesgo, que contiene amenazas **democráticas**, es necesario que el Ecuador adopte el modelo de control de la sociedad de riesgo desarrollado alrededor del mundo. No basta con una actualización de los tipos penales existentes y creación de los inexistentes pero necesarios; el manejo de la sociedad del riesgo supone la reestructuración de la política criminal para que la misma esté orientada a controlar los riesgos, evitar sus resultados dañosos y sancionar a los responsables de los mismos.
- La política que el Estado Ecuatoriano asume frente al delito debe modernizarse ampliando el espectro del Derecho Penal a nuevas situaciones de la vida diaria y a nuevos agentes en la vida diaria. Así el derecho sustantivo desarrollado será efectivo.
- Tomando en cuenta tanto la complejidad de las situaciones que se presentan en este nuevo modelo de sociedad ecuatoriana como el retraso e inexperiencia que existe en el Ecuador frente a actividades riesgosas lo más aconsejable es direccionar el análisis, investigación, tipificación y juzgamiento de las mismas acogiendo lo que se estila en países más avanzados en la materia que han logrado el objetivo de la nueva política criminal del control.
- Se recomienda la creación de un tipo penal específico que defina a la mala práctica médica como una situación atentatoria contra la vida de las personas. Para que esta tipificación sea la más adecuada conforme la naturaleza de la actividad médica se aconseja la adopción de los criterios objetivos-valorativos del tipo que propone la Teoría Funcionalista del Derecho.
- Junto con la adopción de la Teoría Funcionalista del Derecho para darle tratamiento a la mala práctica médica se sugiere se incluya la modalidad de imputación objetiva para este tipo de delitos toda vez que se ha probado no sólo doctrinariamente sino a nivel internacional que es la más idónea.

- Se aconseja también que se codifique toda la documentación legal respecto de la Ciencia Médica y se re-asignen las competencias respecto de la misma puesto que hoy por hoy la situación de la Medicina frente al Derecho constituye un laberinto jurídico que entorpece tanto procesos de evaluación, investigación y sanción.
- Para que la tipificación de la mala práctica médica como un delito autónomo contra la vida produzca los efectos deseados es necesario que se capacite a todos los intervinientes en el Sistema de Justicia Penal, a fin de que los mismos empleen de manera correcta los elementos valorativos del tipo así como la imputación objetiva.
- A más de crear un medio de control penal para la mala práctica médica, se recomienda se intensifique el control sobre los profesionales y centros de salud tanto públicos como privados. La labor de control del Estado no debe reflejarse únicamente con la aplicación de su poder punitivo, la misma debe mostrarse con evaluaciones periódicas a los profesionales médicos, controles estructurales y de manejo de desechos a las instituciones de salud, provisión de nuevos y mejores medios de capacitación y prestación de servicios para los galenos, institucionalización de procedimientos internacionales de control y evaluación de enfermedades, entre otras, que mejorarán la prestación de servicios de Salud garantizada en la Constitución; que en un principio mantendrán el índice de denuncias actuales, y en un futuro lo reducirán.
- Finalmente, para que la tipificación de la mala práctica médica no tenga un efecto adverso en la sociedad es aconsejable que se eduque a la misma respecto a la medicina para que entienda los riesgos que ésta supone y los resultados tanto positivos como negativos que puede producir. De esta manera la sociedad ecuatoriana no desarrollará una fantasía alrededor de la misma y tampoco la satanizará.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

Aguado, P. M. (1998). *Tipicidad e imputación objetiva*. Menziona: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Bacigalupo Saggese, B. Z. (2005). *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.

Balcarce, F. I. (2001). *La antijuricidad penal*. Córdoba: Editorial Mediterránea .

Castaldo, A. R. (2008). *La Imputación Objetiva en el Delito Culposo del Resultado*. Montevideo: B de F.

Ebert, U. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Hidalgo: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo .

Jakobs, G. (2007). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. México D.F.: Angel Editor.

Jescheck, H. H. (2002). *Causalidad e imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana.

Jorge Riechmann, J. T. (2002). *Bromas aparte, lo sencillo es hermoso*. Barcelona: Icaria Editorial.

León, I. C. (1990). *Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Artes Gráficas Suárez Barcala.

Manuel Cancio Melía, M. F. (1998). *Teoría de la Imputación Objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Martínez, O. S. (2004). *Los principios en el Derecho y la Dogmática Penal*. Madrid: Dykinson.

Meincke, M. J. (2001). *La Mala Praxis Médica*. Buenos Aires: Ad-hoc .

- Montanelli, N. (2003). *Mala Praxis en cirugía plástica*. Buenos Aires: García Alonso.
- Montanelli, N. (2005). *Responsabilidad Criminal Médica*. Buenos Aires: García Alonso.
- Montañés, T. R. (2004). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Murillo, J. L. (1991). *Teoría del Delito Imprudente (Doctrina General y Regulación Legal)*. Ministerio de Justicia: Madrid.
- Ochoa, F. B. (2010). *Imputación Objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Editorial Universal del Rosario.
- Pinzón, A. O. (2004). *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Raúl López Camelo, G. J. (2004). *Curso de Derecho Penal*. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur.
- Roxin, C. (1976). *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Reus SA.
- Santiago Mir Puig, M. C. (2007). *Política criminal y reforma penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Segado, C. J. (2003). *La exclusión de la Responsabilidad Criminal*. Madrid: Dykinson.
- Silva, H. S. (1995). *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Wolfgang Frisch, R. R. (2006). *Desvalorar e imputar*. Buenos Aires: B de F.
- Zsögön, S. J. (2004). *Derecho Ambiental*. Madrid: Dykinson.

REVISTAS:

Edgardo Alberto Donna, J. E. (2003). *Revista de Derecho Penal 2002-2: Delitos culposos II*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Edgardo Alberto Donna, J. E. (2007). *Revista de Derecho Penal 2007-2: Delitos de peligro I*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Edgardo Alberto Donna, J. E. (2008). *Revista de Derecho Penal 2008 II: Delitos de peligro III*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Edgardo Alberto Donna, J. E. (2008). *Revista de Derecho Penal 2008-1: Delitos de peligro II*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

CUERPOS NORMATIVOS:

Código Civil Ecuatoriano, en Registro Oficial No.46 de 24 de junio de 2005.

Código de Ética Médica, Acuerdo Ministerial 14660-A. Registro Oficial 5 de 17 de Agosto de 1992.

Código Penal Ecuatoriano, en Registro Oficial No.147 de 22 de enero de 1971.

Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, en Registro Oficial No.360 de 13 de enero de 2000.

Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley 23 de 1981, Ética Médica, 18 de febrero de 1981, Colombia.

Proyecto de Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala Práctica Médica, presentado en 13 de enero de 2010.

INTERNET:

Anónimo. (s.f.). *encolombia.com*. Obtenido de <http://www.encolombia.com/medicina/Urgenciastoxicologicas/Causticosycorrosivos.htm>

Anónimo. (s.f.). *hipernatural*. Obtenido de http://www.hipernatural.es/es/enfperitonitis_aguda.html

Anónimo. (s.f.). *Legal Dictionary*. Obtenido de <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/>

Anónimo. (s.f.). *Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales*. Obtenido de <http://www.wrm.org.uy/boletin/97/Glifosato.html>

Anónimo. (s.f.). *Red de Acción en Plaguicidas y sus Alternativas de América Latina (RAP-AL)*. Obtenido de http://www.rap-al.org/articulos_files/Glifosato_Enlace_80.pdf

Anónimo. (s.f.). *Tecnociencia*. Obtenido de <http://www.tecnociencia.es/especiales/cocaina/farmacologia.htm>

Anónimo. (s.f.). *tuotromedico.com*. Obtenido de http://www.tuotromedico.com/temas/intervencion_de_vesicula.htm

Anónimo. (s.f.). *viviendosanos.com*. Obtenido de <http://viviendosanos.com/2009/06/el-cansancio-cronico.html>

Anónimo. (s.f.). *Wikipedia*. Obtenido de <http://es.wikipedia.org/wiki/Proca%C3%ADna>

Estado, F. G. (s.f.). *cep.org.ec*. Obtenido de <http://www.cep.org.ec/catalogo/tbl06delitoview.php?iddelito=87>

Monroy, G. (s.f.). *CentroGeo*. Obtenido de <http://www.centrogeo.org.mx/curriculum/GermanMonroy/pdf/iatrogenia/pdf>

Núñez, A. P. (s.f.). *derechoecuador.com*. Obtenido de http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5648&Itemid=134

Paula Ceballos Coloma, E. F. (s.f.). *UCM*. Obtenido de http://www.ucm.es/info/pssoc/estudioSaiz/informacion_sobre_la_cocaina.htm#6.2

Pazmiño, G. (s.f.). *Asamblea Nacional*. Obtenido de <http://www.asambleanacional.gob.ec/tramite-de-las-leyes.html>

ROCHE. (s.f.). *facmed.unam.mx*. Obtenido de http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/36551.htm

ENTREVISTAS

Dr. Nelson Jurado Valladares, médico geriatría-gerontólogo y médico forense.

Dr. Patricio Navarrete, Agente Fiscal de Delitos contra la Fe Pública, ex Agente Fiscal de Delitos contra la Vida.

ANEXOS

ANEXO 1

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Acuerdo Ministerial 14660-A. Registro Oficial 5 de 17 de Agosto de 1992

NOTA GENERAL:

Por Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales No. 023 - 93 - CP, se declara inconstitucional de fondo y forma al código de ética médica. Falta confirmación de sala constitucional de Corte Suprema, publicada en Registro Oficial No. 132, de 18 de Febrero de 1993. La Corte Suprema declara la nulidad de la Resolución del Tribunal de Garantías, por Resolución publicada en Registro Oficial No. 300 de 20 de octubre de 1993.

EL MINISTRO DE SALUD PÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que los médicos en su noble y sacrificada profesión asumen la gran responsabilidad de hacer efectiva la garantía Constitucional del Derecho a la Salud de los ecuatorianos;

Que el código de la Salud en el Título XI del Libro II regula el ejercicio de las profesiones médicas afines y conexas;

Que es conveniente que los profesionales médicos cuenten con un instrumento ético - jurídico (sic) o que regule las obligaciones morales a que se deban sujetarse en el desarrollo diario de sus actividades relativas a la protección, fomento, reparación y rehabilitación de la salud individual y colectiva;

Que la X Asamblea Médica Nacional celebrada en la ciudad de Cuenca el 18 de diciembre de 1985, aprobó el Código de Ética Médica. En uso de las atribuciones que le otorga el Art. 63 del Código de la Salud.

Acuerda:

CAPÍTULO I De los deberes con los organismos de la Federación

Art. 1.- Es deber del medio cumplir las disposiciones emanadas por la Ley de Federación, sus Reglamentos y el presente Código, al margen de su nacionalidad.

Art. 2.- El médico tiene la obligación de acatar y cumplir las resoluciones de los órganos de la Federación Médica, al margen de su nacionalidad.

CAPÍTULO II Deberes para con la sociedad

Art. 3.- El médico está obligado a dar su más amplia y decidida colaboración voluntariamente y/o a solicitud de la autoridad competente en casos de epidemias, desastres, emergencias o conflagración.

Art. 4.- Cuando sea requerido a cumplir una obligación extraordinaria de beneficio social, tendrá libertad para realiza su cometido en condiciones que no atenten contra su integridad personal.

Art. 5.- Se procurará de los riesgos que representan para la salud la contaminación ambiental, colaborando con las instituciones, personas y comunidades en la promoción y realización de actividades destinadas a eliminar tales riesgos. La promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y rehabilitación médica y social son imperativos éticos de la profesión médica.

CAPÍTULO III Deberes y derechos del médico para con los enfermos

Art. 6.- El Médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo.

Art. 7.- El Médico está obligado a llevar una ficha clínica escrita de cada uno de sus pacientes y registrar la evolución que constate en los mismos.

Art. 8.- Está obligado a acudir a un llamado sin motivo de excusa, en los siguientes casos:

- a) Cuando no haya otro facultativo en la localidad en que ejerce su profesión;
- b) Cuando habitualmente es el medio de quien lo solicita; y,
- c) En los casos de suma urgencia o peligro inmediato para la vida del enfermo.

Art. 9.- Se exceptúa de esta obligatoriedad cuando el médico está capacitado física y mental debidamente comprobado.

Art. 10.- Cuando se trate de un caso grave o se tema un desenlace fatal está en la obligación de dar aviso oportuno, para que puedan ser atendidos los intereses espirituales y morales del paciente y los materiales de los familiares. La advertencia del peligro lo hará a los consanguíneos, amigos o allegados,

eligiendo como confidente a la persona más ponderada o a una autoridad competente cuando el caso lo requiere.

Art. 11.- En casos de incurabilidad lo dará a conocer a los familiares y en casos especiales al propio enfermo cuando el médico lo crea indispensable usando la mayor prudencia y manteniendo en primer lugar, los mejores intereses del enfermo.

Art. 12.- La cronicidad o incurabilidad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia al enfermo, pues en estos casos se hará más necesario el auxilio y en consuelo que el médico pueda brindar.

Art. 13.- El médico debe respetar las creencias religiosas e ideológicas de sus pacientes y no oponerse al cumplimiento de sus preceptos, siempre que no sean perjudiciales para su salud.

Art. 14.- El número de visitas, la realización de exámenes complementarios, la aplicación de los tratamientos médicos quirúrgicos, así como la oportunidad de los mismos deberán ser los estrictamente necesarios para seguir el curso de la enfermedad.

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 éste de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos de 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.

Art. 17.- Los procedimientos de anestesia general o regional no se realizarán sino en centros hospitalarios o clínicas con personal calificado y medios suficientes para dicho procedimiento.

Art. 18.- Todo procedimiento clínico o quirúrgico complejo o que entrañe (sic) algún peligro para el paciente podrá efectuarse solamente en centros que posean los elementos técnicos que garanticen la seguridad de dichos procedimientos. No se administrarán drogas, ni usarán métodos clínicos o quirúrgicos que no se consideren idóneos.

Art. 19.- El Médico tiene la obligación de advertir el diagnóstico a sus pacientes o los familiares, en estricto apego al estudio de la patología encontrada y en concordancia con su real capacidad; prohíbese por tanto las explicaciones folclóricas o de otra índole que no sea la científica.

Art. 20.- La atención domiciliaria brindada por el médico es de su absoluta responsabilidad, por tanto está en la obligación de alertar a sus pacientes o familiares, sobre los limitantes de la misma.

Art. 21.- El Médico está en la obligación de explicar a sus pacientes, los beneficios de la prestación médica institucional, social o pública; antes de hacerse cargo de su caso.

Art. 22.- No podrá por tanto, utilizar los recursos o servicios médicos institucionales sociales o públicos, para llenar sus vacíos.

Art. 23.- Prohíbese la prestación de servicios por parte de médicos, en instituciones de salud privadas que no cuenten con los recursos físicos y tecnológicos adecuados o no cumplan con los requisitos que garanticen una correcta atención a los pacientes.

Art. 24.- La asociación entre médicos para la prestación de servicios profesionales, debe tener como finalidad la complementación y el mejoramiento del recurso ofrecido, prohíbese por tanto la asociación con fines de lucro o engaño.

CAPÍTULO IV De los derechos humanos

Art. 25.- El médico tiene la obligación incólume de respetar los principios consagrados en la declaración de los derechos Humanos. Su ejercicio profesional se regirá a estos principios los cuales no podrían ser violados en ningún caso sea este civil, penal, político o de emergencia nacional.

Art. 26.- La relación profesional del médico con las personas privadas de su libertad, deberá tener como única finalidad evaluar, proteger su salud física o

mental y tratar sus alteraciones con la misma prestancia y calidad que brinda a todas las personas que lo requieran.

Art. 27.- El Médico no podrá participar directa o indirectamente en la prescripción, complicidad o realización de torturas a las personas privadas de su libertad.

Art. 28.- El Médico no podrá contribuir con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas privadas de su libertad; ni certificar que éstas se encuentran en condiciones de recibir cualquier forma de tratamiento, experimentación o castigo, que pueda influir desfavorablemente en su salud física o mental.

CAPÍTULO V Deberes de confraternidad

Art. 29.- El honor del cuerpo médico exige del facultativo se abstenga de dañar la reputación de sus colegas con calumnias e injurias, o manifestar sus defectos y errores que tiendan a rebajar sus méritos.

Art. 30.- Se puede denunciar al Colegio Médico o al Tribunal de Honor los actos ilícitos o el falso testimonio que afecten la reputación personal o del gremio.

Art. 31.- Por deber la confraternidad se atenderá gratuitamente a los colegas y a su familia próxima, es decir a sus padres, cónyuge e hijos si dependen económicamente de él. Las atenciones otorgadas deberán constar en una certificación firmada por el beneficiario para que afecten los intereses económicos del facultativo.

Art. 32.- Cuando un médico es llamado por el paciente para reemplazar a otro, debe insinuar a la familia del paciente que se notifique primero de este particular al médico anterior, como prueba del respecto al colega.

Art. 33.- El Médico que por motivos justificados se encargue provisionalmente de los enfermos de otro colega, debe desempeñar su misión sujetándose a las normas que garanticen los intereses y el buen nombre del reemplazado.

Art. 34.- En caso de no asistencia del médico tratante, el que hubiere sido llamado deberá retirarse de aquel, salvo que medie una disposición expresa del paciente, sus familiares o del mismo.

Art. 35.- En el consultorio privado del médico pueden recibidos y tratados todos los pacientes cualesquiera que haya sido sus médicos anteriores siempre que su especialidad le acredite mejor atención y de mutuo acuerdo con el paciente.

Art. 36.- Si varios facultativos son solicitados simultáneamente para un caso de urgencia, el enfermo quedará al cuidado de el o los especialistas afines con la patología que presenta. En igualdad de condiciones quedará a criterio del paciente o de sus familiares la selección del médico tratante.

Art. 37.- El médico no podrá usar medios de expresión pública ajenos a los propios y específicos de su clase, para solventar diferencias de criterio profesional.

Art. 38.- El médico y sus organismos gremiales deberán defender a los colegas perjudicados injustamente en el ejercicio de su profesión.

Art. 39.- Un médico no podrá reemplazar a otro colega que haya sido separado de un cargo por causas que no estén justificadas en la Ley y los Reglamentos respectivos.

Art. 40.- El facultativo que quiera asistencia médica deberá facilitar las decisiones de sus colegas adoptando exclusivamente la condición de paciente.

CAPÍTULO VI De las juntas médicas

Art. 41.- Se llama Junta Médica a la reunión de dos o más colegas para intercambiar opiniones respecto al diagnóstico, pronóstico y tratamiento del enfermo.

Art. 42.- Las Juntas Médicas deberán conformarse de preferencia con los especialistas afines a la patología del enfermo.

Art. 43.- La rivalidad, resentimientos o intolerancia en materia de opiniones no deben tener cabida en la Junta Médica; al contrario, la buena fe, la probidad el respeto y la cortesía se imponen como un deber en el trato profesional de sus integrantes.

Art. 44.- Las Juntas Médicas se harán por indicación del médico tratante o a petición del paciente o sus familiares. El Médico deberá convocarla en los siguientes casos:

a) Cuando no se logre un diagnóstico;

b) Cuando no se obtiene un resultado satisfactorio con el tratamiento empleado; y,

c) Cuando por la gravedad del pronóstico sea necesaria.

Art. 45.- En caso de que el médico consultor propuesto por el paciente o sus familiares no convenga al médico tratante por causas justas, queda a su conciencia profesional solicitar cortésmente sea llamado otro médico consultor y si los familiares insistieren, el médico tratante está en libertad de continuar o no la atención del paciente.

Art. 46.- Los médicos están en la obligación de concurrir a las Juntas con puntualidad. Si después de una espera prudencial no concurre el médico tratante, los médicos consultores están autorizados para proceder a examinar al enfermo.

Art. 47.- Reunida la Junta el médico tratante hará la relación del caso sin omitir ningún detalle de interés y hará conocer los resultados de los análisis y demás elementos de diagnóstico empleados. Luego deliberarán para ponerse de acuerdo con el diagnóstico y tratamiento.

Art. 48.- Si los consultantes no están de acuerdo con el médico tratante, los familiares podrán elegir el o los especialistas que deberán continuar con la asistencia.

Art. 49.- Las decisiones de las Juntas pueden ser modificadas por el médico tratante si así lo exige la evolución de la enfermedad, pero todas las modificaciones, como las causas que le motivaron, serán expuestas en las Juntas siguientes que pudieren efectuarse.

Art. 50.- Las discusiones que pueden tener las Juntas deben ser de carácter confidencial la responsabilidad es colectiva y no le será permitido a ninguno eximirse de ella, por medio de juicios o censuras emitidas en otro ambiente que no sea de la Junta misma. Esta deberá sentar por escrito el criterio sobre el diagnóstico del enfermo, debiendo quedar incorporada a la historia clínica.

Art. 51.- A los médicos consultores les está prohibido volver al centro hospitalario después de terminada la consulta, salvo caso de urgencia o por indicación del médico tratante y con anuencia del enfermo o sus familiares, así como hacer comentarios particulares sobre el caso.

Art. 52.- Cuando la familia no puede pagar una Junta Médica, el médico tratante podrá conformarla y los designados están obligados a integrarla en forma gratuita, al igual que el médico tratante.

CAPÍTULO VII Deberes del médico para con el Estado

Art. 53.- Siendo el Estado el que regula y protege la actividad profesional del médico éste está obligado a cumplir ciertos deberes retributivos que garanticen los mejores y más amplios programas de bienestar humano; por tanto, el médico debe dar ejemplo en el cumplimiento de las Leyes del Estado, particularmente el Código Sanitario y la Ley y Reglamentos de la Federación Nacional de Médicos.

Art. 54.- Siendo la salud del pueblo uno de los principales objetivos del Estado, el médico debe contribuir a que se cumplan los planes y programas de salud.

Art. 55.- Todo médico becario deberá sujetarse a las Leyes y Reglamentos que regulan las becas y tiene por obligación retribuir con su trabajo el beneficio recibido.

CAPÍTULO VIII De los honorarios médicos

Art. 56.- La equidad es la primera y más universal norma moral en el cobro de los honorarios profesionales; en ellos debe atenerse de modo singular a las justas costumbres locales, a la magnitud de servicio, al prestigio y necesidad de la intervención personal, a las condiciones económicas del enfermo y el honesto pacto pre -establecido si lo hubiere.

Art. 57.- El médico acatará las resoluciones sobre honorarios si estuvieren determinados por los respectivos Colegios Médicos, en lo posible deberán ser pre- establecidos antes de la intervención.

Art. 58.- Prohíbese al médico el cobro de honorarios a los pacientes que sean atendidos en las instituciones sociales o públicas del sector salud.

Art. 59.- Las atenciones gratuitas perjudicarán a los colegas y deben limitarse a casos de parentesco cercano, asistencia a colegas y pobreza manifiesta.

Art. 60.- La asistencia del médico tratante, cuando sea solicitada por el enfermo o sus familiares, en una intervención quirúrgica, dada derecho a honorarios especiales.

Art. 61.- En los casos en que un paciente, sin razón justificada e niegue a cumplir los compromisos pecuniarios con el médico, éste, una vez agotados todos los medios privados, puede demandar el pago de honorarios sin que ello afecte, en forma alguna, el buen nombre o crédito del demandante.

Art. 62.- Las interconsultas, debidamente justificadas, serán abonadas por el paciente. El médico tratante deberá advertir esta circunstancia oportunamente al enfermo.

Art. 63.- Todo médico que sea llamado a realizar un peritaje médico - legal tiene derecho a percibir honorarios por su labor excepto los médicos legistas rentados por el Estado.

Art. 64.- Queda formal y categóricamente prescrita la prescripción de honorarios entre médico y cualquier otro profesional y pacientes.

Art. 65.- Constituye una violación a la ética profesional la percepción de un porcentaje derivado de la prescripción de medicamentos, aparatos para uso médico, lentes, etc. así como la retribución pecuniaria a intermediarios de cualquier clase entre profesionales y pacientes.

CAPÍTULO IX Del secreto profesional

Art. 66.- El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad del profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de su profesión.

Art. 67.- El médico no incurre en responsabilidad cuando revela el secreto profesional en los siguientes casos:

- a) Cuando en su calidad de perito actúa como médico de una compañía de seguros rindiendo informe sobre la salud de los candidatos que ha examinado, el que enviará en sobre cerrado al médico jefe de la compañía, quien tendrá la misma obligación del secreto;
- b) Cuando es comisionado por la autoridad competente para reconocer el estado físico y mental de una persona;

- c) Cuando ha sido designado por la autoridad competente para practicar necropsias o peritajes médicos legales de cualquier género, así en lo civil como en lo penal;
- d) Cuando actúa con carácter de médico funcionario de los servicios sanitarios del país;
- e) Cuando en su calidad de médico tratante hace declaración de enfermedad infecto - contagiosa ante la autoridad sanitaria y cuando expida certificado de defunción;
- f) Cuando tratándose de menores de edad o mayores incapacitados mentales, lo exijan sus padres o representantes;
- g) Cuando el médico es acusado o demandado bajo imputación de un daño culposo en el ejercicio de su profesión;
- h) Cuando revela o denuncia los delitos que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión para que no cometa un error judicial; e,
- i) Cuando a pedido expreso del paciente extienda una certificación sobre su afección o enfermedad.

Art. 68.- Los casos de embarazo parto se incluyen en el secreto profesional, el médico debe guardar reserva salvo ante los padres o representantes en el caso de menores de edad.

Art. 69.- No se viola el secreto profesional cuando el médico es citado al Tribunal para declarar como testigo de los hechos que ha conocido en el ejercicio de su profesión.

Art. 70.- Cuando el médico se vea obligado a reclamar judicialmente sus honorarios se limitará a indicar en forma general el trabajo realizado sin exponer el diagnóstico.

Art. 71.- El profesional solo debe suministrar informe respecto al diagnóstico o tratamiento del enfermo, a los familiares más inmediatos, sus representante o al paciente.

Art. 72.- El médico puede compartir su secreto con cualquier otro colega que intervenga en el caso, el que a su vez está obligado a mantenerlo.

Art. 73.- Si por motivos científicos deben exhibirse o publicarse fotografías que permitan la identificación del paciente, se necesita autorización (sic).

Art. 74.- Las visitas médicas hospitalarias a cargo del médico tratante deberán realizarse con toda la prudencia, de tal manera que no se afecte la integridad del paciente.

Art. 75.- Los documentos médicos relacionados con los pacientes, así como el registro de la información por otros medios, tanto en los consultores privados como en los servicios de salud, deben ser manejados con carácter reservado. Al personal paramédico encargado de los mismos deberá instruirle que está obligado a guardar el secreto médico involucrado en dichos documentos.

CAPÍTULO X De los especialistas

Art. 76.- El especialista orientará de preferencia su actividad a la especialidad elegida.

Art. 77.- Comprobada por un médico tratante la oportunidad de la intervención de un especialista, deberá hacerlo presente al enfermo o sus familiares. Aceptada la consulta, ésta se concertará y realizará de acuerdo con los artículos pertinentes de este Código.

Art. 78.- Si de la consulta realizada se desprende que la enfermedad está encuadrada dentro de la especialidad del consultante, el médico tratante debe cederle la conducción del tratamiento. Si en cambio, no constituye más que una complicación y ocupa en lugar secundario en el cuadro general de la enfermedad, la conducción del tratamiento corresponde al médico tratante y el especialista debe concretarse a tratar la condición patológica que le corresponde, y, de acuerdo con aquel, suspender su intervención tan pronto como cese la necesidad de sus servicios.

Art. 79.- En caso de cualquier intervención en la que se necesitare la presencia de un especialista, es a éste a quien corresponde indicar la oportunidad de su intervención. Si hubiere discrepancia de criterio se convocará a Junta Médica.

Art. 80.- Al médico tratante que envíe a su paciente al consultorio de un especialista le corresponde comunicarse previamente con el por cualquier medio y a éste, una vez realizado el examen, comunicará el resultado. La conducta que se seguirá desde ese momento por ambos colegas es la indicada en los artículos precedentes.

CAPÍTULO XI De los anuncios profesionales y de la propaganda

Art. 81.- En el aviso por los medios de comunicación ofreciendo sus servicios profesionales deben constar solamente nombres, apellidos, especialidad, títulos académicos debidamente reconocidos en el país, dirección, teléfono y horas de consulta.

Art. 82.- Las placas del consultorio consignarán los datos arriba señalados y tendrá dimensiones razonables.

Art. 83.- En los recetarios y otros documentos similares podrán enunciarse los títulos reconocidos por las Facultades de Medicina del Ecuador y por las Sociedades Científicas nacionales y extranjeras autorizadas legalmente.

Art. 84.- Está absolutamente prohibido anunciar curaciones a plazo fijo o infalibles.

Art. 85.- Está prohibido anunciar la prestación de servicios gratuitos y ofrecer procedimientos exclusivos.

Art. 86.- Está prohibido anunciar mediante hojas sueltas toda propaganda que se refiera a su ejercicio profesional.

Art. 87.- No está permitido exhibir anuncios en lugares inadecuados que comprometan la seriedad de la profesión.

Art. 88.- Toda propaganda por radio o televisión de carácter individual sobre la profesión deberá acogerse obligatoriamente a las normas del Art. 81.

Art. 89.- Toda propaganda de prestación de servicios médicos personales o institucionales, deberá ser autorizada previamente, por el respectivo Colegio Provincial o la Comisión Ejecutiva cuando el alcance de dicha propaganda sea nacional.

CAPÍTULO XII De la eutanasia

Art. 90.- El médico no está autorizado para abreviar la vida del enfermo. Su misión fundamental frente a una enfermedad incurable será aliviada mediante los recursos terapéuticos del caso.

Art. 91.- Establecida la muerte cerebral, de acuerdo con las normas internacionales vigentes, no se justifican las acciones excepcionales para prolongar las manifestaciones vitales de las estructuras biológicas residuales.

Art. 92.- En aquellos casos en que los indicadores clínicos e instrumentales revelen situaciones insalvables o incompatibles con la dignidad de la persona humana, queda al criterio del médico y de los familiares suspender los procedimientos extraordinarios. En caso de controversia se recurrirá al criterio de una Junta Médica constituida por tres especialistas afines al caso.

CAPÍTULO XIII De las incompatibles y otras faltas a la ética

Art. 93.- No utilizará su condición de médico y/o especialista para el comercio de drogas, especialmente tóxicas y estupefacientes; pudiendo recetarlos solo con fines terapéuticos.

Art. 94.- Es falta grave al asociarse, amparar, colaborar y encubrir el empirismo.

CAPÍTULO XIV De los deberes del médico con las profesiones afines y auxiliares de la medicina

Art. 95.- El médico cultivará cordiales relaciones con los profesionales de las ramas para - médicas colaborando en su perfeccionamiento y respetando estrictamente los límites de cada profesional, siempre que éstas respeten el Código de la Salud.

Art. 96.- Cuando se trata de estos profesionales afines a la medicina no hay obligación de prestar gratuitamente los servicios médicos.

Art. 97.- El médico no debe delegar no confiar a los auxiliares de la medicina lo que a el exclusivamente le corresponde en el ejercicio de su profesión.

CAPÍTULO XV Del médico funcionario

Art. 98.- Sus obligaciones con el Estado no le eximen de sus deberes éticos con sus colegas y, en consecuencia, debe dentro de su esfera de acción y posibilidades propugnar porque se respete:

- a) El principio y régimen del concurso;
- b) La estabilidad y el escalafón médico;
- c) El derecho de amplia defensa y sumario previo a todo despido;
- d) El derecho de profesar cualquier idea política y religiosa; y,
- e) Los demás derechos consagrados en este Código de Ética.

Art. 99.- El médico que desempeña una función pública ésta, como el que más, obligado a respetar la ética profesional cumpliendo con lo establecido en este Código.

Art. 100.- Es contraria a la ética la participación de los médicos en todos los sistemas compulsivos que impliquen tortura física o mental de los seres humanos o su degradación.

CAPÍTULO XVI Normas esenciales para el mantenimiento de la dignidad profesional

Art. 101.- Son contrarios a la ética profesional los siguientes procedimientos:

- a) Proyectar o televisar asuntos científicos ante personas ajenas a la medicina, con fines comerciales;
- b) Desviar enfermos de hospitales a consultorios particulares o clínicas;
- c) Obtener beneficios de la venta de muestras médicas;
- d) Establecer consultorios en farmacias, en locales comerciales o en locales comunicados con ellos;
- e) Prestar sus servicios profesionales no encontrándose en condiciones psicofísicas satisfactorias o bajo la acción de bebidas alcohólicas;
- f) Dar consultas e indicar tratamientos por correspondencia o por cualquier otro medio de comunicación oral o escrita a quien no se hubiere examinado y cuya historia clínica no se conozca; y,
- g) Dar informes tendenciosos, otorgar certificados o fórmulas de complacencia y expedir certificados sin examen previo.

Art. 102.- De una manera general el médico procurará evitar las exploraciones clínicas o los tratamientos de sus familiares íntimos.

CAPÍTULO XVII Del aborto terapéutico

Art. 103.- Al médico le está terminantemente prohibido provocar el aborto al menos que haya necesidad absoluta de hacerlo para salvar la vida de la madre; en caso de enfermedades con alto riesgo hereditario, o cuando la madre haya sido expuesta, dentro del primer trimestre del embarazo, a factores teratogénicos científicamente comprobados; debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Con el consentimiento de la paciente, de su cónyuge o de su representante; y,

b) La necesidad de la interrupción del embarazo será certificada por una Junta Médica, uno de cuyos participantes, por lo menos, debe ser especializado en la afección motivo de la indicación.

Art. 104.- No debe practicarse el aborto terapéutico sino en un ambiente quirúrgico adecuado.

CAPÍTULO XVIII De la planificación familiar y esterilización

Art. 105.- Es derecho privativo de las parejas el decidir sobre el número de hijos que deseen tener. Por tanto, el médico puede aconsejarles acerca de los métodos utilizables, de preferencia los reversibles.

Art. 106.- El médico está autorizado a realizar la esterilización definitiva masculina o femenina con la respectiva autorización escrita por parte del cónyuge o representante, en los siguientes casos:

- a) Presencia de alteración genética en uno de los miembros de la pareja que pueda producir enfermedades graves o irreversibles en la prole;
- b) Peligro de la vida o grave detrimento de la salud de la madre durante futuros embarazos o partos; y,
- c) Como método de planificación familiar en el hombre o en la mujer, éstos deberán tener por lo menos veinte y cinco años y tres hijos vivos.

Art. 107.- La inseminación artificial, solo la realizarán los médicos especialistas, previo consentimiento mutuo de los cónyuges, y en los casos de esterilidad o impotencia del varón comprobados científicamente.

Art. 108.- La ingeniería (sic) y el consejo genético será de exclusiva competencia del médico especialista, luego de una exhaustiva investigación que lo justifique.

Art. 109.- La fecundación in vitro será realizada por médicos especialistas en institutos o centros de investigación autorizados, previo el consentimiento de los cónyuges y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales.

CAPÍTULO XIX De la muerte, los injertos y trasplantes de órganos, tejidos o partes del organismo humano

Art. 110.- El médico tiene la obligación de certificar la muerte exclusivamente de los pacientes a los cuales asistió en su deceso. Dicha certificación será de su absoluta responsabilidad, y de acuerdo al Código de Salud.

Art. 111.- En los casos de muerte no asistida por un médico, así como en los casos de diagnóstico incierto; el médico deberá conseguir la realización de la necropsia.

Art. 112.- La formolización de cadáveres debe ser realizada exclusivamente por médicos autorizados por la autoridad en salud.

Art. 113.- El médico tiene la obligación de establecer la muerte por medios científicamente válidos, antes de permitir la utilización de segmentos, órganos o parte de ellos con fines de injerto o trasplante.

Art. 114.- El médico vigilará que los segmentos, órganos a parte de ellos, pertenecientes a cadáveres humanos, sean utilizados para trasplantes, exclusivamente cuando consta la voluntad así expresada por el propio sujeto antes de morir o por sus familiares o representante luego de la muerte.

Art. 115.- El médico tiene la obligación de velar por la integridad física de sus pacientes; por lo tanto, las desmembraciones de segmentos, órganos o parte de ellos solo las realizará en casos por demás justificados y velando siempre de preservar la función.

Art. 116.- El injerto o trasplante no podrá ser realizado por el médico que certifique la muerte del donante.

Art. 117.- La donación de órganos, sangre y otros porque las partes, órganos tejidos, sangre y sus derivados por el médico, siempre que no produzcan daños significativos a la salud del donante.

Art. 118.- El médico tiene la obligación de velar porque las partes, órganos tejidos, sangre y sus derivados, provenientes de donantes, se utilicen exclusivamente para el tratamiento de seres humanos e investigación; sin fines de lucro y al margen de la comercialización.

CAPÍTULO XX De la investigación y actualización médica

Art. 119.- El médico tiene la obligación de colaborar en la investigación científica en salud, así como el desarrollo de nuevas técnicas y métodos para la protección, recuperación y rehabilitación de los pacientes.

Art. 120.- La investigación y experimentación en humanos, sólo será realizada por médicos capacitados, que observen los principios éticos y científicos establecidos, requiriendo obligatoriamente el consentimiento escrito de la persona sujeta a dicha investigación o experimentación.

Art. 121.- La experimentación en humanos con nuevos medicamentos o tratamientos de cualquier tipo será realizada por médicos altamente calificados, y en instituciones legalmente autorizadas para ello, previo consentimiento escrito del sujeto.

Art. 122.- El médico tiene la obligación permanente de actualizar sus conocimientos para la práctica de su profesión.

Art. 123.- El médico debe evitar el uso exagerado de medicamentos, debiendo utilizar aquellos cuya validez sea plenamente comprobada.

Art. 124.- El médico tiene la obligación de solicitar los exámenes auxiliares del diagnóstico y tratamiento, estrictamente necesarios para sus pacientes.

Art. 125.- En los casos en los cuales el médico ocasione involuntariamente yatrogenia comprobada tiene la obligación de comunicar lo sucedido al paciente, y evitando cobrar sus honorarios que la reparación demanda.

ANEXO 2

REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL**MEMORANDO No. PAN-FC-2010- 017**

PARA: DR. FRANCISCO VERGARA O.
Secretario General

DE: FERNANDO CORDERO CUEVA
Presidente

ASUNTO: Proyecto de Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala Práctica Médica

FECHA: 18 ENE 2010

Señor Secretario, según lo dispuesto en el Art. 55 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, entrego el proyecto de **Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala Práctica Médica**, remitido por la Asambleísta Gabriela Pazmiño, mediante Oficio No. 014-GPP-AG, de 13 de enero de 2010; para que sea difundido a las/los asambleístas y a la ciudadanía, a través del portal Web; y, sea remitido al Consejo de Administración Legislativa (CAL), para el trámite correspondiente.

Atentamente,



FERNANDO CORDERO CUEVA
Presidente

Tr. 19054

ASAMBLEA NACIONAL
SECRETARIA GENERAL
FECHA: 18 ENE 2010 HORA: 17:00
FIRMA: [Firma]



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Quito, DM, enero 13 de 2010
Oficio No. 014-GPP-AG

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Trámite **19034**
Codigo validación **EDIFYQYS9**
Tipo de documento MEMORANDO INTERNO
Fecha recepción 13-ene-2010 10:28
Numeración documento 014-gpp-ag
Fecha oficio 13-ene-2010
Razón social PAZMIÑO GABRIELA
Razón social

Revise el estado de su trámite en:
<http://tramites.asamblanacional.gov.ec>
atencion@asamblea.gov.ec

9 fojas

Arquitecto
Fernando Cordero Cueva
PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL
En su Despacho.-

De nuestras consideraciones:

De conformidad con los artículos 134 de la Constitución de la República y 54 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, presento a usted, señor Presidente el **"PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD Y MALA PRÁCTICA MEDICA"**, que recoge algunas iniciativas presentadas en el ex H. Congreso Nacional, y con el apoyo legislativo pertinente.

En virtud de lo expuesto, agradeceré, señor Presidente, someterlo al trámite constitucional y legislativo correspondiente.

Atentamente,

Sra. Gabriela Pazmiño
ASAMBLEISTA PROV. DEL GUAYAS



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

**PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD Y MALA
PRÁCTICA MÉDICA**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Ex legisladores de la República tales como: el Lic. Rafael Cuesta, Dra. Sylka Sánchez y Dra. María Augusta Rivas, han recogido todos los antecedentes y consecuencias de las infracciones en el ejercicio de las profesiones de salud que, de modo no justificado han generado daño en los pacientes como resultado de **INOBSERVANCIA**, en el cumplimiento de las normas; **IMPERICIA**, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; **IMPRUDENCIA**, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y, **NEGLIGENCIA**, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional, recogidos por los medios de comunicación como **MALA práctica MEDICA**, que han quedado en un simple hecho, por la falta de una ley sancionadora establecida en el Código Sustantivo Penal.

La Constitución de la República establece el nuevo paradigma que el Sistema Nacional de Salud tendrá por finalidad el desarrollo protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, que reconocerá la diversidad; comprende las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores de salud y propiciará la participación ciudadana y control social. Bajo la premisa constitucional de garantizar el derecho a la salud, es necesario que las acciones u omisiones en la prestación de servicios de salud en general realizadas por profesionales de la ciencia médica que prestan sus servicios en una institución pública, privada o de cualquier clase sin la debida diligencia o sin la pericia indispensable en la actividad realizada, que traiga como consecuencia una alteración en la salud, que son hechos violatorios de los derechos humanos, sean efectivamente justiciables.

Los medios de comunicación han revelado casos sobre mala práctica medica en el Ecuador, que han quedado en la impunidad por la inexistencia de normas y jurisprudencia. Es mas el ex Tribunal de Garantías Constitucionales exhorto a la legislatura para que expida una ley regulando esta materia.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

En tal sentido recogiendo en extenso las iniciativas de los ex legisladores de la República y otros que se han preocupado por la temática, considero necesario y conveniente que la Asamblea Nacional apruebe una ley que regule la mala práctica medica, como infracción.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

QUE, es necesario legislar sobre la mala práctica médica que afecta a la población que acude a los servicios de salud;

QUE, es conveniente llenar el vacío legal que existe referente a normas que regulen los casos de mala práctica médica y determinar su procedimiento;

QUE, es necesario agilizar los procesos y dar una oportuna administración de justicia en los caso de mala práctica médica, respetando la normativa constitucional y legal, entendiendo que la mala práctica médica constituye infracción de tipo penal que requiere un tratamiento especializado;

EN ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, expide la siguiente,

LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD Y MALA práctica MEDICA:

TITULO I

CAPITULO I

ÁMBITO DE LA LEY

Artículo 1.- Esta Ley regula la responsabilidad profesional médica en todos los centros de salud de la República del Ecuador, públicos o privados, autorizados o no, y definidos en las leyes.

Artículo 2.- Su ámbito de aplicación alcanza a las personas naturales y jurídicas dedicadas a toda práctica médica formal o informal.

Artículo 3.- La responsabilidad profesional médica proviene de toda acción u



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

omisión cuyo fin sea el de aliviar el dolor, restablecer la salud y/o salvar la vida de un paciente.

También hay responsabilidad profesional medica en cualquier acción u omisión cuyo fin sea el mejoramiento físico y/o estético de un paciente.

Artículo 4.- Existe mala práctica medica por parte del profesional o no, que ejerza la actividad de médico, cirujano, odontólogo, obstetrix y demás profesionistas similares y auxiliares; enfermeros/as, tecnólogos medicos, personal para-medico, así como también aquellas personas que presten servicios de tratamiento físico, como es el caso de los quiroprácticos, rehabilitadores, masajistas, dietéticos, etc, cuya conducta se encuadre en las circunstancias de negligencia, imprudencia, ignorancia, impericia o por inobservancia d ellos reglamentos, y/o deberes, y/u obligaciones inherentes a su profesión, arte u oficio y que causare la muerte del paciente, o daño temporal o permanente en su cuerpo o salud.

CAPITULO II

OBJETO DE LA LEY

Artículo 5.- Esta Ley tiene por objeto regular la actividad d ellos profesionales medicos o no, mencionados en el Artículo anterior , así como la protección de los ciudadanos que acuden ante ellos en busca de precaver y curar sus afecciones, y/o su estética.

TITULO II

CAPITULO I

DE LAS INFRACCIONES

Artículo 6.- Los profesionales medicos o no, mencionados en el Artículo 4 de esta Ley, serán penalmente responsables por dolo o culpa en la práctica de su actividad. El acto doloso sera reprimido conforme lo dispuesto en el



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Código Penal y calificado como infracción dolosa. El acto culposo sera reprimido con penas de reclusion menor, prisión, pecuniarias y prohibición temporal o definitiva del ejercicio de la profesión.

Artículo 7.- La mala práctica medica es una infracción culposa, y se produce cuando los profesionales medicos o no, mencionados en el Artículo 4 de esta Ley, por negligencia, impericia, imprudencia, ignorancia, o abandono inexcusable, causan la muerte del paciente o daño temporal o permanente en su cuerpo o salud física y/o psicológica.

Artículo 8.- Si en un acto de mala práctica medica, en el recurso de la prueba se descubriere la concurrencia de circunstancias previstas y queridas por el agente, es decir, actos voluntarios y conscientes, este responderá por una infracción dolosa y sera sancionado de conformidad con el Código Sustantivo Penal.

CAPITULO II

SUJETO ACTIVO DE LA INFRACCIÓN

Artículo 9.- Sujetos activos de mala práctica medica son todos los profesionales medicos o no, mencionados en el Artículo 4 de esta Ley, que hayan participado en el acto proporcionando atención medica o tratamiento físico a uno o mas pacientes.

Artículo 10.- Es responsable de mala práctica medica, no solo el que cause daño a ejercer una profesión que no conoce, sino también el que, al obrar dentro de los limites del ejercicio normal de su actividad, da evidencia que no posee el conjunto de conocimientos científicos y prácticos indispensables para el ejercicio de la profesión medica.

Artículo 11.- Los profesionales medicos o no, serán también responsables por los actos de sus ayudantes, enfermeros o practicantes, cuando estos obren de acuerdo con las instrucciones impartidas por aquellos.

Artículo 12.- Los representante legales, directores y/o propietarios de un centro de salud, serán responsables de mala práctica medica, cuando en dichos centros no se observen rigurosamente todos los procedimientos y



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

métodos necesarios para mantener desinfectados, esterilizados y en asepsia los quirógrafos, salas de operaciones menores, salas de emergencias y cualquier otro lugar de atención al paciente.

Serán también responsables de mala práctica médica, los representantes legales, directores y/o propietarios de un centro de salud que no proporcione el mantenimiento requerido a los equipos relacionados directamente con el tratamiento de los pacientes, así como también por la falta del reemplazo oportuno de las piezas descartables o no, en los aparatos para dar tratamiento a los pacientes.

CAPITULO III

DE LAS PENAS, DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES, Y DE LA EXTINCIÓN Y PRESCRIPCIÓN

Artículo 13.- Las penas aplicables a las infracciones que regula esta Ley, son las siguientes:

- 1.- Reclusión menor;
- 2.- Prisión;
- 3.- Prohibición definitiva del ejercicio profesional;
- 4.- Prohibición temporal del ejercicio profesional de 30 a 360 días;
- 5.- Comisos de los bienes e instrumentos relacionados con la infracción;
- 6.- Multas;y,
- 7.- Pago de daños y perjuicios.

Artículo 14.- La cuantificación de las penas se determinara de acuerdo a la gravedad del daño causado.

Artículo 15.- Para la cuantificación de las penas y en lo que fuere aplicable,



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

se consideraran las normas establecidas en el Código Sustantivo Penal.

Artículo 16.- La reincidencia constituye circunstancia agravante que determinara que se aplique una pena mayor a la infracción.

Artículo 17.- El perdón de la parte ofendida o la transacción con esta no extingue la acción publica.

Artículo 18.- La muerte del reo, ocurrida antes de la condena, extingue la acción penal. Toda pena, es personal y se extingue con la muerte del penado.

Artículo 19.- Para la prescripción de las penas establecidas en el Artículo 13 de esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código Sustantivo Penal.

Artículo 20.- La pena impuesta por la infracción cometida, implica la reparación del daño causado si fuere el caso y/o el pago de daños y perjuicios al lesionado o sus familiares.

Artículo 21.- Las indemnizaciones serán proporcionales a los daños y perjuicios causados al lesionado.

Artículo 22.- En toda sentencia condenatoria por mala práctica medica, se impondrá la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados con la perpetración del delito que se reprima, debiendo el juzgador disponer las medidas precautelatorias necesarias para el cumplimiento de lo prescrito en el inciso anterior.

TITULO III

CAPITULO IV

DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO

Artículo 23.- En cuanto a la jurisdicción, la competencia el ejercicio de la acción penal y la sustanciación del proceso de acción publica, se estará a lo dispuesto en el Código Adjetivo Penal.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

DISPOSICIÓN FINAL

Deróganse, todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley, y de manera expresa los artículos 202, 203, y 204 de la Ley Orgánica de Salud, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 423 del 22 de diciembre de 2006 y las sanciones que la primera disposición citada de este Cuerpo de Leyes, se establecen en los artículos 241, 243, 246 y 249.

Esta Ley entrara en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado, en la Sala de sesiones de la Asamblea Nacional , en Quito D.M., a los.....



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

**FIRMAS DE RESPALDO AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE
RESPONSABILIDAD Y MALA PRÁCTICA MÉDICA**

NOMBRES

FIRMAS

ROBERTO BARRERA

KLEVEN GARCIA

MARIA CRISTINA KRONFELT

Abdeli Bucaram P.

FERNANDO CAICINES

Eduardo Escalada

FERNANDO POLO

