



**FACULTAD DE DERECHO**

**TIPIFICACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y  
Juzgados de la República**

Dra. María Luisa Bossano

**Diego Villavicencio Gaibor**

**2010**



## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

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

Dra., María Luisa Bossano  
C.C. 1704208030



### **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.”

Diego Villavicencio Gaibor  
C.C. 180376707-6



## **AGRADECIMIENTO**

A mi familia, en especial a mis padres,  
por ser siempre el apoyo y motivación en  
toda actividad de mi vida.

A la Doctora María Luisa Bossano por  
haber guiado este trabajo con su vasto  
conocimiento y experiencia.





## RESUMEN

La Mala Práctica Médica no está tipificada en el Código Penal del Ecuador. Se requiere proteger los derechos del usuario del Sistema Nacional de Salud, pero también los del profesional médico. Se intenta expurgar al máximo los elementos subjetivos contenidos en la normativa, a fin de que los hechos hablen por sí mismos. Para ello, se divide la atención médica en varios niveles, según el grado de complicación y riesgo intrínseco del acto médico de cada nivel de manera objetiva, acudiendo a los procedimientos, protocolos y algoritmos y, en general, normas estandarizada y obligatoria para el médico en cada caso.

Se establece que la Ley de Mala Práctica Médica tiene siempre un carácter culposo y no doloso; que la actuación del médico debe estar libre de condicionamientos y presiones por parte del paciente o de terceros, y que debe disponer de los medios necesarios y suficientes para realizar su labor.

Algunas transgresiones como el aborto no terapéutico, no constituyen por sí mismas casos de Mala Práctica Médica –aunque utilicen recursos de esta ciencia- sino que se encuentran ya tipificados como delitos en el Código Penal.

Cuando se utilizan estos parámetros para determinar la posibilidad de una Mala Práctica, puede diferenciársela mejor de lo que es simplemente un accidente médico. En efecto, cada nivel de atención médica conlleva un grado de riesgo que puede pasar de potencial a factual en un momento dado.

La actual Constitución de la República del Ecuador alienta la difusión y práctica de las medicinas alternativas, ejercidas de ordinario por personas no calificadas que asumen esta actividad como un ejercicio de libre empresa, con todos los riesgos que ello conlleve, complicando a la vez, ad infinitum, la normativa legal.

Es necesaria una profunda interacción entre el Derecho y la Medicina, en cuanto se las considera materias científicas cuyas técnicas pueden ser traducidas a un idioma común, para beneficio del legislador, y con ello, de la equidad y de la justicia.

## ABSTRACT

Medical malpractice is not criminalized in the Penal Code of Ecuador. The National Health System user's rights require protection, but also the medical professional ones. It tries to expunge the subjective elements contained in the legislation to the most, so that the facts speak for themselves. For this, medical care is divided into several levels, depending on the degree of complexity and inherent risk of medical act of each level in an objective way, resorting to the procedures, protocols and algorithms and, in general, standardized and mandatory standards for the doctor in each case.

It states that the Medical Malpractice Act always has a culpable and not intentional nature, that the actions of the doctor must be free of constraints and pressures from the patient or others and that they must have the necessary and sufficient resources to do their work.

Some violations such as non-therapeutic abortion, not themselves constitute medical malpractice cases -even if they use resources of this science- but that are already criminalized in the Penal Code.

When these parameters are used to determine the possibility of medical malpractice it can be better differentiated from what is just a medical accident. In effect, each level of medical care involves a degree of risk that can go from potential to factual at any given time.

The present Constitution of the Republic of Ecuador encourages the dissemination and practice of alternative medicines, usually performed by unqualified people who take up this activity as an exercise in free enterprise, with all the risks involved, complicating all legal regulations ad infinitum.

A deep interaction is necessary between Law and Medicine, given that they are considered scientific subjects whose techniques can be translated into a common language, for the benefit of the legislator, and with that, of the equity and justice.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

## CAPÍTULO I

### 1 TIPICIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1.1	Principio de Legalidad.....	4
1.2	La Tipicidad.....	11
1.2.1	Tipo Penal.....	12
1.2.2	Elementos del Tipo.....	16
1.2.3	La Tipicidad en las Conductas de Comisión Dolosa.....	22
1.2.4	Funciones del Tipo.....	23

## CAPÍTULO II

### 2 PARÁMETROS PARA TIPIFICAR LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

2.1	El Bien Jurídico.....	25
2.2	Tratamiento de la Participación.....	31
2.3	Iter Críminis.....	36
2.4	Circunstancias Atenuantes y Circunstancias Agravantes.....	38

## CAPÍTULO III

### 3 ANÁLISIS DE CASOS RELACIONADOS CON LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

3.1	Análisis de Casos en otros Países.....	41
3.2	Análisis de Casos en el Ecuador.....	60

## CAPÍTULO IV

### 4 PROYECTO PARA TIPIFICAR LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR

4.1	Naturaleza Jurídica de la Relación Médico – Paciente.....	77
4.2	Responsabilidad Derivada de la Mala Práctica Médica.....	82
4.3	Responsabilidad Civil.....	83
4.4	Responsabilidad Administrativa.....	83
4.5	Responsabilidad Penal.....	85
4.6	Parámetros Médicos para Determinar una Mala Práctica.....	90
4.7	Proyecto para Tipificar la Mala Práctica Médica.....	97

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>101</b>
--------------------------	------------

<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>103</b>
-----------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>105</b>
--------------------------	------------

<b>ANEXOS.....</b>	<b>109</b>
--------------------	------------

Anexo 1.....	110
--------------	-----

Anexo 2.....	121
Anexo 3.....	129

## INTRODUCCIÓN

No existe en nuestro país una ley sobre Mala Práctica Médica. Unos pocos intentos hechos con anterioridad no han logrado fructificar en una aceptable tipificación que sienta las bases de una legislación idónea. Como el tema es en sí mismo controversial y se presenta con frecuencia en el convivir diario, se ha vuelto también, sobre todo en nuestra comunidad, un problema de acuciante actualidad.

La dificultad radica en que el juez no dispone de parámetros exactos que les permitan apreciar de manera inequívoca e invariablemente objetiva una situación médica determinada. Las interpretaciones siempre son múltiples y responden generalmente a intereses individuales o de grupos.

Ello se debe a que la medicina es en gran parte una ciencia “inexacta” y su práctica se basa en conocimientos que están continuamente cambiando y modificándose.

En sentido estricto, no puede haber una ciencia “inexacta”, puesto que una actividad humana solo adquiere el carácter de ciencia precisamente cuando es exacta; es decir cuando sus postulados son matemáticamente demostrables. Los grandes avances médicos del siglo pasado y en especial de las dos últimas décadas, apuntan inequívocamente en esa dirección.

Siempre se ha sostenido que en medicina nada es definitivo o irrefutable, con lo cual se ha buscado justificar la falta de leyes y normas que rijan para la totalidad de los seres humanos.

Con este argumento se define a cada ser humano como una entidad única e irrepetible, con características y peculiaridades diferentes, con su propia y singular problemática, a quien hay que considerar, por consiguiente, como un *individuo* en el más estricto sentido del término; un entramado complejo de circunstancias biológicas, psíquicas y sociales que exige, por lo mismo, un tratamiento diferenciado por parte del médico o terapeuta. Todo es, entonces, relativo: lo que es válido para unos no lo es necesariamente para otros.

La evolución de la medicina parece estar dejando atrás esta concepción. Por el contrario, si creemos que existe una ciencia médica, todo debería ser rigurosamente exacto. Creer que en medicina todo es relativo equivale, en cierta manera, a aceptar que el organismo humano, la vida misma del hombre, se mueven por un vago influjo que dependería, en último término, del azar, haciendo del ser humano, con esa interpretación, una excepción en el esquema universal, donde cada fenómeno está determinado por sólidas leyes de causalidad y efecto. Donde el mismo “azar” se produce por un número, aunque muchas veces enorme, limitado de variables.

La Medicina y el Derecho son ciencias en evolución. La falta de rigor científico que aun aqueja a muchos de sus postulados se irá superando paulatinamente, a medida que se profundice en la investigación y su interrelación se base cada vez más en parámetros de exactitud matemática.

Marx decía, al respecto, que los conocimientos humanos solo alcanzan la categoría de ciencia cuando es aplicable a ellos la matemática. Y es que la matemática está inextricablemente ligada, viva e indestructible en cada conocimiento auténtico que adquiere el hombre. El verdadero milagro de la inteligencia humana es el descubrimiento del número, el número inmerso en toda existencia, en todo producto y en toda relación que podemos observar en el Universo.

La tendencia a hacer de la medicina una ciencia cada vez más exacta, se justifica por la observación de que esa exactitud es lo único que garantiza sus resultados. Y lo mismo puede decirse del Derecho, cuya técnica ha progresado notablemente en muchos países de Occidente, en beneficio de la convivencia humana.

El adelanto de la medicina en países desarrollados se debe a que han comprendido la absoluta influencia de la matemática en los resultados de esta ciencia. El estudio consciente y sistemático de la Estadística (no de las “estadísticas”) y la Cibernética médicas, la utilización intensiva de la

computación en la investigación y el proceso médico, es lo que hace la diferencia entre la medicina rural del siglo 19 y la medicina del siglo 21.

Con este espíritu de exactitud debería abordarse las relaciones del Derecho con la Medicina, buscando descubrir parámetros matemáticos que permitan llegar a conclusiones irrefutables; conociendo todas las variables y sus interacciones y excluyendo, en lo posible, la “opinión personal” que, como sabemos, para la ciencia tiene un valor igual a cero.

Sabemos de sobra, por otro lado, que eso no es posible en su totalidad en el momento actual, dadas las condiciones de desarrollo, todavía en proceso, de una y otra materias. No podremos todavía trabajar con ecuaciones que relacionen una mala práctica médica con una trasgresión legal determinada. Pero las ideas que serán expuestas en el presente trabajo pueden servir de base, por aprobación o refutación, para nuevos y más logrados intentos.



## CAPÍTULO I.

### TIPICIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

#### I.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El Principio de Legalidad o Principio de Imperio de la Ley es aquella figura del Derecho Público, en virtud de la cual, el Estado y todos sus órganos, tienen que someterse a la ley; y, la validez de sus actos está supeditada a que se hayan realizado con arreglo a las disposiciones legales.

En el Derecho Penal, es un principio fundamental, ya que, limita el poder punitivo del Estado (*ius puniendi*); así éste, para castigar determinado acto, se encuentra sometido a lo que disponga la Ley. Permite evitar la omnipotencia estatal y la arbitrariedad del mismo, reflejada en los órganos administradores de justicia.

*El ius puniendi* es una expresión latina, que se refiere a la facultad que reside en el Estado para declarar ciertos actos como punibles, e imponer, a la ocurrencia de los mismos una pena o castigo. Esta potestad que ostenta el Estado, se da en virtud de su poderío e imperio, claro está, que la aplicación de esta facultad sancionadora debe estar debidamente canalizada a través de los organismos o medios adecuados, ciñéndose estrictamente al ordenamiento jurídico, de tal manera que la persona no quede a merced de la arbitrariedad estatal. Siempre se deberán observar los principios y condiciones que limitan o regulan la facultad sancionadora del Estado tales como:

- a) Principio de Dignidad Humana;
- b) Principio de Igualdad Material Ante la Ley Penal;
- c) Principio de Proporcionalidad;
- d) Principio de Razonabilidad;
- e) Principio de la Necesidad de Intervención;
- f) Principio de Lesividad;
- g) Principio de Culpabilidad.

Además de los axiomas rectores del Derecho Penal como son los de:

- a) Legalidad;
- b) Taxatividad;
- c) Prohibición de Analogía;
- d) Debido Proceso;
- e) Irretroactividad.

El *ius puniendi* es el Derecho Penal Subjetivo, es decir aquel derecho que tiene el Estado para crear las normas y ejercitar el cumplimiento de las sanciones que ha determinado por la comisión de ciertos actos, en definitiva es el derecho para crear y aplicar el Derecho Penal Objetivo. El Estado es el titular, es decir, el sujeto que posee el poder punitivo, la potestad de castigar, la misma que la ejerce monopólicamente a través de los órganos correspondientes, sin embargo, en países como el nuestro, este monopolio estatal se ve frecuentemente vulnerado, cuando el Estado no puede ejercer su potestad sobre la totalidad de la comunidad, refiriéndome específicamente a situaciones en las cuales grupos de personas, comunidades indígenas, minorías étnicas, ejercen por si mismos la justicia, sin obedecer ordenamiento jurídico alguno, que no sea el propio; de esta forma se determinan delitos y se castigan los mismos, la mayoría de veces sin fórmula de juicio u observancia de proceso alguno. Esta forma de administrar justicia ha llevado al cometimiento de atrocidades, en nombre de una justicia reconocida por nuestra Constitución, pero que muchas veces viola derechos y garantías fundamentales de las personas. Así es como, se deslegitima la potestad sancionadora que tiene el Estado, ya que la administración de justicia de los grupos antes mencionados le disputa al Estado la potestad que tiene, por lo tanto no se podría hablar ya de un monopolio en el ejercicio del *ius puniendi*.

El Principio de Legalidad se constituye en una garantía para el procesado, ya que no puede ser juzgado por una acción u omisión si esta no se encuentra recogida en la legislación. De esta forma, dicho principio, está contemplado en el numeral 3, del artículo 76, de la Constitución de la República del Ecuador:

Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (Constitución de la República del Ecuador, Art. 76, 2008)

Asimismo, el Código Penal en su artículo 2, expresa:

Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada. (Código Penal del Ecuador, Art. 2, 2009)

Así se imponen límites a la facultad del Estado para sancionar determinados actos, exigiendo el cumplimiento de ciertos presupuestos para que se pueda llevar a cabo el ejercicio de su poder punitivo frente al ciudadano.

Sin embargo, el Principio de Legalidad del Derecho Penal moderno, ha sido fruto de una gran evolución y transformaciones a lo largo de la historia, hasta

llegar a ser consagrado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en los Códigos Penales publicados a partir de esta Declaración.

En la época monárquica, el poder que detentaba el Rey o Monarca, o quien hiciera sus veces, era absoluto, real y personal; y, por lo tanto, tenía el derecho de castigar a quien a su juicio considerara sancionar o imponer una pena, sin necesidad de justificar su proceder o de tener algún respaldo legal que le permitiera tomar cualquier decisión; sin embargo, el Rey podía delegar sus potestades a otras personas, quienes a su nombre podían ejercer el poder que éste les otorgaba, reflejado entre otras cosas, en la administración de justicia que tenían a su cargo.

Como un ejemplo claro que demuestra el poder real predominante en esta época, es importante citar el caso de Tomás Moro<sup>1</sup> y Enrique VIII. Tomás Moro, era Lord Canciller de Inglaterra, fue acusado, juzgado y ejecutado por decisión del Rey, la controversia surgió cuando el monarca decidió divorciarse eclesiásticamente de su esposa Catalina de Aragón, para poder legalizar su unión con Ana Bolena, pero Tomás Moro no estaba de acuerdo, este hecho causó el profundo resentimiento de Enrique VIII, que inclusive llevó a que se rompieran relaciones con el Vaticano por parte de Inglaterra; fue el Rey quien acusó a Tomás Moro de traición, por lo que luego de haber pasado algún tiempo encarcelado fue finalmente ejecutado.

Este hecho histórico, nos permite comprender de una mejor manera la incertidumbre que existía en estas épocas, ya que lo que primaba era la voluntad del Rey, así esta careciera de todo sentido.

Esta época se caracterizó por una gran confusión y arbitrariedad en la aplicación de castigos, estos se imponían sin observar procedimiento alguno, simplemente bastaba la decisión de imponer la pena por parte del Monarca, cuando ejercía el poder directamente, o de manera indirecta a través de sus delegados, que generalmente eran los señores feudales; por otro lado, cabe

---

<sup>1</sup> Moro, Tomás. "Utopías del Renacimiento". Colección Popular Vol. II. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995.

destacar la confusión que reinaba en cuanto a las leyes imperantes, ya que estas no se distinguían fácilmente de las leyes morales o religiosas, ya que en esta época se asimilaba el crimen al pecado, de todas formas lo que sobresalió en esta época fue la arbitrariedad y el absolutismo.

Como respuesta a la arbitrariedad sufrida durante mucho tiempo, a mediados del siglo XVII, surge una corriente de pensamiento, liderada por juristas, políticos, pensadores, enfocada en poner límites al poder punitivo de los Estados, y terminar con la arbitrariedad que agobiaba a los pueblos de ese entonces. Aquí se ve la necesidad de precisión en las disposiciones legales, en cuanto a la descripción de los delitos y fijación de las penas correspondientes a los mismos.

El fundamento de esta nueva línea de pensamiento estaba basado en un Contrato Social, mediante el cual, el grupo o miembros que componen un Estado aceptan una autoridad y a cambio esta les reconoce sus derechos correspondientes, los máximos representantes de los postulados de un Contrato Social, fueron Thomas Hobbes<sup>2</sup>, Locke, etc. Los resultados referentes al derecho penal, según esta nueva línea de pensamiento, son que, solamente una ley puede establecer que acto u omisión está prohibida y un castigo determinado; la elaboración de estas leyes le corresponde exclusivamente al legislador, o a quien haga sus veces, en representación de la sociedad. Por tal motivo los jueces y magistrados solamente podrán aplicar la ley y no modificarla al momento de aplicarla.

De esta forma vemos que el principio de Legalidad del Derecho Penal moderno se deriva directamente de la idea de un Contrato Social que hace referencia a una organización socio política basada en una división de poderes, en la que la Ley es elaborada por la función correspondiente (legislativa) y aplicada a través de los órganos competentes para hacerlo.

El Contrato Social se ejerce a través de distintos medios o instrumentos, que están conducentes a presionar a los individuos a ajustar su comportamiento a

---

<sup>2</sup> Zarka, Yves Charles, "Hobbes y el Pensamiento Político Moderno". Barcelona, Es: Herder 1997.

las reglas de conducta que se han impuesto, para de esta forma proteger los intereses fundamentales, que hagan posible una convivencia.

El Principio de Legalidad se refiere a los delitos y a las penas que impone dicha Ley, ya que solo mediante ésta se pueden crear delitos, y solo se considera como tal aquel que la Ley lo determine de manera expresa, a esto se refiere el precepto latino de: *nulla poena sine lege*, mediante el cual se establece que, no se podrá aplicar una pena o un castigo, si no existe una ley que contenga determina acción u omisión y que sean catalogadas como delito por la misma, la creación de dicha ley, le corresponde única y exclusivamente al legislador, y la misma debe haber sido expedida antes de la comisión del acto determinado como delito.

Mediante este principio, en el Derecho Penal, no se admite interpretación o aplicación de una posible analogía, si la conducta no se adecua exactamente a lo que establece la ley, no habrá delito; por lo tanto, la Ley se convierte en la única fuente del Derecho Penal.

Anselm Feuerbach fue el creador del apotegma “nulla poena sina lege”, y de esta manera se impuso esta fórmula del Derecho Penal, que persiste hasta la actualidad, este autor además se destaca por ser el promotor de teoría de la prevención general negativa.

Beccaria manifestó: “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad...”.<sup>3</sup>

Los elementos que podríamos desprender del Principio de Legalidad son: en sentido formal: en el derecho penal solo se pueden establecer los delitos y las penas correspondientes por parte de una ley y no se puede dar esta potestad a otras; y en sentido material: taxatividad de la ley, prohibición de establecer analogías, etc.

---

<sup>3</sup> Beccaria, César. Tratado de los Delitos y las Penas. México, Editorial Porrúa, 2005

Para Beling, el Principio de Legalidad se cumple cuando una norma es: 1. Escrita, para que no queden dudas ni se pueda interpretar 2. Estricta, cuando describe exactamente la conducta delictiva y 3. Previa, cuando ha sido promulgada con anterioridad al acaecimiento de la acción u omisión que se considera como delito.

En la actualidad, nuestro país mantiene un Estado Constitucional de Derechos, esta calidad obliga al mismo a poner al Derecho Penal al servicio del ciudadano, y el Estado se encuentra sometido a las restricciones que le impone la Ley para impartir justicia.

A pesar de toda la evolución que ha tenido el Derecho Penal, actualmente existen algunos autores, que apuntan hacia una nueva tendencia, la cual se evidencia opuesta a la concepción clásica o tradicional, y por lo tanto contraria también a los principios rectores del Derecho Penal “Tradicional”. En el Derecho Penal “actual”, la intervención punitiva del Estado sería máxima y no subsidiaria, y a través de ésta buscar la creación de un Derecho Penal eficientista. De igual manera, la Ley Penal solamente habrá de establecer los lineamientos y parámetros generales para llegar a determinar y castigar un delito, buscando a todo lugar la protección de los bienes jurídicos, por lo cual el Principio de Legalidad quedaría vulnerado con esta nueva concepción.

Como escribe Fernando Velásquez V., en su artículo “Globalización y Derecho Penal”:

...derivaciones del postulado de legalidad tan caras a la primera de las concepciones apuntadas como el mandato de certeza o de taxatividad, son rechazadas para dar cabida a un Derecho penal flexible, cambiante, que introduce tipos penales abiertos — desplegando las puertas a la libre interpretación judicial—, que abusa de las normas penales en blanco, o da cabida a las cláusulas generales en las descripciones típicas... (Velásquez, 2008, pág. 16,)

La tendencia que propone este “nuevo” Derecho Penal, plantea un giro demasiado radical al Derecho Penal que nos rige actualmente ya que con esta

nueva propuesta se eliminaría la objetividad que ha preponderado en la doctrina clásica y que tanto tiempo y trabajo ha costado alcanzar, sin que esto quiera decir que se haya logrado alcanzar un máximo nivel en este sentido. Estaríamos frente a un retroceso, una involución en esta materia, ya que se estaría dejando o dando, la potestad de determinar un crimen y de sancionarlo, al criterio de una persona (juez), quien tiene la autoridad de administrar justicia a nombre de la sociedad, cayendo así en algo parecido a lo que ocurría en la monarquía, en la que predominaba la subjetividad del Derecho; y esto sería una consecuencia inevitable ya que al no haber tipos penales específicos, sino más bien tipos de carácter general, o tipos abiertos, la interpretación que de el juez ocuparía un lugar primordial en la administración de la justicia penal.

La teoría de este nuevo Derecho Penal solamente sería posible, si se crean Cortes de Justicia, y en general órganos administradores de justicia independientes, que no respondan a los poderes políticos sociales ni económicos, ya que caso contrario la injerencia de estos grupos de poder, en la administración de justicia sería casi inevitable. Solo de esta manera tendría cabida esta nueva postura de Derecho Penal propuesta actualmente por algunos autores.

### **I.II LA TIPICIDAD.**

Por tipicidad se entiende a la adecuación de la acción, a la figura, hipótesis o supuesto elaborado por el legislador y mediante el cumplimiento de la cual se configura un delito. En otras palabras podríamos decir que la tipicidad se refiere a la coincidencia entre el acto humano y el tipo penal realizada por el legislador o quien haga sus veces, y que se encuentra recogido en la legislación penal.

Para que se cumpla con la tipicidad, la adecuación o coincidencia entre el tipo penal y la conducta humana, debe ser completa e individualizada, caso contrario no se podría hablar de tipicidad, ya que no es posible analogía ni interpretación, por lo cual la coincidencia debe ser específica.



### I.II.1 TIPO PENAL: (typus: supuesto de hecho)

El Tipo Penal, es un elemento del Derecho Penal, que se ha visto inmerso en una constante evolución, hasta llegar a constituirse en la actualidad en la base de todo ordenamiento jurídico (penal), desde el tipo penal de Beling, del causalismo clásico, pasando por el causalismo neoclásico, hasta llegar al finalismo y al funcionalismo, teniendo en estas últimas escuelas cambio más substancial. Sin embargo, cabe recalcar que la raíz de la denominación de tipo, proviene de la voz latina *corpus delicti*, misma definición que fue luego recogida por la denominación alemana Tatbestand, que constituía el hecho del delito, es decir la acción punible o tipo.

El tipo penal, propuesto por E. von Beling<sup>4</sup> (1906), tiene como punto de partida la noción del delito, como la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, que a partir de este concepto aparece por primera vez el elemento del delito denominado tipicidad y el concepto de tipo penal. Este era un tipo penal que solo consideraba la exterioridad de la conducta, es decir, solo tomaba en cuenta la parte objetiva ya que se consideraba que todo lo subjetivo concernía a otro elemento constitutivo del delito denominado culpabilidad. Esta teoría propuesta por Beling, recibió la crítica de varios autores contemporáneos como Goldschmidt, Binding, etc., quienes sostenían por un lado que el tipo penal no podía ser considerado como el elemento central del delito y por otro, que éste no podía solamente remitirse a describir la exterioridad de la conducta.

Max Ernest Mayer (1915), propone una segunda concepción acerca de la tipicidad, y establece que la misma es un factor que determina un indicio de antijuridicidad, y no un factor meramente descriptivo.

Posteriormente se trató de instituir un tipo penal con una fundamentación netamente finalista (teleológica), y fue Hegler, quien dirigió la descripción delictiva al daño social que se causaba, con lo cual apareció el denominado

---

<sup>4</sup> Beling, Ernest von. Esquema de derecho penal: la doctrina del delito tipo, Argentina, Editorial Depalma, 1944

“tipo de injusto”, que tenía un enfoque netamente teleológico, su función tenía por objeto describir el injusto penal como el daño que causa a la sociedad.

Pero fue Edmund Mezger, quien consolidó el concepto de injusto, además dio un giro importante al concebir al tipo como “injusto tipificado”, con lo que logró homologar los conceptos de tipicidad y antijuridicidad en uno solo, algo que hasta ese momento no había sido posible. Para Mezger el delito no constituye un conjunto de características independientes sino que es todo un evento antijurídico. Este autor considera al tipo de acción como conjunto de los presupuestos de la acción punible (con inclusión de los requisitos de la culpabilidad).<sup>5</sup> Asimismo, considera que el tipo injusto, como antijuridicidad tipificada circunscribe el, injusto al cual el código penal liga la conminación de una pena.

A continuación, y luego de todas las críticas que recibió Beling y su teoría, éste la reelaboró, haciendo ciertas modificaciones, con las cuales trató de salir al paso de los cuestionamientos de su teoría inicial; así pasó de una consideración descriptiva del tipo, a un concepto de imagen rectora del mismo. Así, para que se configure un delito la conducta deberá adaptarse a la imagen rectora y no a la especie delictiva.

Cabe destacar que el tipo, y en general la norma penal atravesaron un momento de conflicto, a raíz del surgimiento de las ideologías y políticas tales como el nacionalsocialismo, con las que se vieron afectados los principios rectores del Derecho Penal (liberal), se cambió radicalmente la concepción del delito y la aplicación de penas, se sancionan los propósitos, motivaciones, antes que la manifestación externa de los mismos, se castiga como delito a todo acto que sea censurable para su sociedad.

La aparición de la teoría de Hans Welzel<sup>6</sup> constituye una de las fases más importantes dentro del ámbito del derecho penal, a esta fase se la conoce

---

<sup>5</sup> Mezger, Edmund. Derecho Penal – Parte General, México, Editorial y Distribuidor Cárdenas, 1990. Págs. 144, 146, 147, 148.

<sup>6</sup> Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán – Parte General, 11ª edición. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

como el finalismo. El tipo penal deja de ser descriptivo - objetivo y se pasa a tener una consideración mixta del mismo, es decir es un tipo penal objetivo - subjetivo, y ya no solo se toma en cuenta ciertos elementos especiales del ánimo; sobre la corriente de esta escuela, se basa nuestro actual sistema penal.

En síntesis, los cambios y variaciones que ha tenido el Tipo Penal, dentro de cada escuela son:

- Escuela Clásica: El Tipo Penal solamente hace referencia a la parte objetiva de la acción, es decir al comportamiento externo de la persona. El tipo es un concepto que se encuentra separado del de injusto.
- Escuela Neoclásica: El Tipo Penal, deja de ser descriptivo, y se empiezan a tomar en cuenta ciertos elementos valorativos; el tipo contiene al injusto, de esta forma se hablaba del tipo como el “injusto tipificado” (Mezger). Dentro del tipo se encuentra lo antijurídico, la teoría que se aplica en este caso es la de *ratio essendi* (razón esencial), es decir, que en este caso la sola adecuación de la conducta, a lo que se encuentra descrito en la norma, basta para declarar la antijuridicidad de la misma (si la conducta es típica, es antijurídica), sin embargo esta teoría se queda sin fundamento, cuando en el caso de una conducta que se adecue al tipo, conjuntamente concurre una causal de justificación.
- Escuela Finalista: En el Tipo Penal dejan de tener una prevalencia los elementos objetivos, y pasa a ser un Tipo de naturaleza mixta, es decir un Tipo Penal objetivo y subjetivo a la vez. Aquí, por el contrario la teoría que sustenta la postura de esta línea de pensamiento es el concepto de *ratio cognoscendi*, es decir, que el tipo solamente viene a ser un indicio de antijuridicidad, ya que puede suceder que la conducta sea lícita, por ejemplo en el caso de homicidio, la legítima defensa, es decir sería *juris tantum* (presunción que admite prueba en contrario).
- Escuela Funcionalista: En esta escuela, se reconocen los elementos del delito propuestos por la escuela Finalista, tales como: tipicidad,

antijuridicidad culpabilidad, sin embargo estos tienen una orientación político criminal. (Claus Roxin)<sup>7</sup>

Así, tenemos al elemento del delito denominado Tipo Penal, como una figura que ha estado en constante cambio, debido al estudio y análisis que se le ha dado a través del tiempo, y como resultado de todo lo que se ha tratado acerca de este concepto, se ha logrado deducir la importancia que tiene, tanto así, que hoy en día es una parte fundamental, la base de la estructura del delito.

El tipo penal es uno de los elementos del delito, el cual se refiere a la descripción clara y precisa de toda acción u omisión que configuran un delito, y al cual se le asigna determinada pena establecida por el legislador. Es un conjunto de circunstancias fácticas, de las cuales depende la ilicitud de determinada acción u omisión. Al respecto, Welzel define al tipo penal como: “una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana”<sup>8</sup>. La norma prohíbe la realización de estas formas posibles de conducta humana. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibida (dar muerte a un hombre), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la anti normatividad de la conducta.

Zaffaroni: “... es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas”<sup>9</sup>.

Tanto de la definición de Welzel y Zaffaroni, podemos encontrar que los aspectos básicos del tipo penal en los que coinciden se refieren a la descripción de posibles conductas humanas, las mismas que están prohibidas por la ley, y que su ocurrencia llevarán a la configuración de determinado delito.

---

<sup>7</sup> Roxin, Claus. “Derecho penal, Parte general”, traducción de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

<sup>8</sup> Welzel, Hans, Traducción José Cerezo Mir. El Nuevo Sistema del Derecho Penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Editorial Montevideo – Buenos Aires, 2006.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal, Parte General”. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1998.

El tipo penal, es el dispositivo, el instrumento que sirve para determinar la existencia de un delito, cuya elaboración corresponde al legislador, y su aplicación a la autoridad competente, siendo esta la que debe determinar si la conducta se ajusta al presupuesto descrito por el tipo y que de esta forma se configure un delito.

### **I.II.2 Elementos del Tipo.**

Elementos Subjetivos: Se refieren a todas aquellas actividades que están relacionadas con el sujeto y pertenecen a su fuero interno, las características de estas actividades son aquellas que son recogidas y sirven para describir y determinar el tipo legal. En la Teoría clásica, el tipo penal, del cual Beiling era su principal autor, era muy “simple”, y precisamente el elemento subjetivo del injusto no se encontraba contemplado en el mismo, y el tipo solo contenía elementos objetivos, como se mencionó anteriormente. Posteriormente, esta carencia fue rectificada por autores tales como: Hans Albrech Fischer, Augusto Helger, Marx Ernest Mayer, Edmundo Mezger, etc., al inferir, que a más de los elementos objetivos “descriptivos”, el tipo penal tiene elementos valorativos y elementos subjetivos. Los autores antes citados establecieron que lo antijurídico no es una elaboración meramente objetiva o una descripción externa, sino que está compuesto por actitudes, tendencias y propósitos de la persona. Así que, la ley no solamente prohíbe o castiga un hecho o acción por el resultado que ha producido, sino por la intención, el propósito que ha tenido la persona para llevarla a cabo, haciendo alusión a una valoración subjetiva de lo antijurídico.

En el Código Penal se utilizan determinadas alusiones que hacen referencia, y que sirven para describir a estas características subjetivas, por ejemplo: “El que ha sabiendas de....”, “Los que maliciosamente....”, etc. Art. 452 Código Penal ecuatoriano:

Los que, a sabiendas y voluntariamente, mataren a cualquier ascendiente o descendiente, cónyuge, o hermano, serán reprimidos

con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. (Código Penal del Ecuador, Art. 452, 2009)

Los elementos subjetivos vienen a ser: el dolo, elementos subjetivos del injusto y especiales elementos del ánimo.

Al ser tomados en cuenta estos elementos subjetivos en la elaboración de las normas penales por nuestro legislador, se colige que la línea de pensamiento, o la escuela penal a la que se remite es la escuela Finalista, de la cual ya hablamos anteriormente, y es la que propone un tipo penal de naturaleza mixta.

- Dolo: El dolo ha sido definido por varios autores, la definición que da el diccionario de este concepto: Dolo: *Voluntad deliberada de causar daño*” II. *“En los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar o de incumplir una obligación contraída.* (Diccionario de la Lengua Española).

Para Francesco Carrara, “el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto, que se sabe contrario a la ley.”<sup>10</sup>

Según Hernando Grisanti, “el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito”.<sup>11</sup>

Luis Jiménez de Asúa:

Dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere. (Jiménez de Asúa, 2005, pág.78)

De todas estas definiciones, los puntos a resaltar de este concepto, son que, siempre se habla de una acción consciente, voluntaria o deliberada,

<sup>10</sup> Carrara, Francesco. “Derecho Penal”, vol. 3, Oxford University Press, México D.F., 1999.

<sup>11</sup> GRISANTI, Hernando “Lecciones de Derecho Penal”. Vadell Hermanos Editores. 12° Edición, 2000, pág. 112

es decir quedarían fuera de esta acepción aquellas acciones que se llevan a cabo sin conciencia o voluntariedad; por otro lado en la primera definición citada, se manifiesta que dicha acción debe tener como objetivo causar un daño, sin embargo esto resulta ser un concepto muy vago o ambiguo. Por ejemplo, lo que es considerado como dañoso para una persona puede no serlo para otra, por lo que es importante la definición de los demás autores mencionados, ya que todos se remiten o hacen alusión a la ley, que en definitiva es la que recoge el presupuesto para que se verifique la ocurrencia de un daño; Carrara: "...que se sabe *contrario a la ley*.", Jiménez de Azua: "Dolo es la producción del resultado *típicamente antijurídico*..." y Grisanti: "...perpetración de un acto que la ley *tipifica como delito*" .

A partir de estas concepciones se ha podido llegar a establecer una clasificación del dolo: Dolo Directo: cuando el autor tiene plena conciencia de su proceder y de su resultado; Dolo Indirecto: el autor no busca determinado resultado pero sin embargo lo lleva a cabo; y, Dolo Eventual: cuando el autor contempla dentro de las posibilidades de su acción el cumplimiento del presupuesto legal, pero al considerarlo como poco probable lo realiza.

- Elementos Subjetivos del Injusto: Remitiéndonos a la doctrina penal, para Mezger, los elementos subjetivos del injusto, son aquellos elementos o requisitos de carácter intencional, que concurren en algunas ocasiones y que son utilizados para describir los tipos.

Por ejemplo, en el Art. 547 de nuestro Código Penal:

Son reos de hurto los que, sin violencia ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeran fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse. (Código Penal del Ecuador, Art. 547, 2009)

En este artículo, podemos darnos cuenta, de un elemento necesario para que se configure el hurto, y es el "ánimo de apropiarse", así

podemos afirmar, que el hurto no se configuraría con el solo hecho de que se dé la sustracción fraudulenta de una cosa ajena, sino que esta acción debe ir acompañada del ánimo de apropiación; por ejemplo en el caso de que alguien sustraiga una cosa ajena, solamente para gastarle una broma al propietario, no habría ánimo de apropiación, por lo cual no se podría configurar el delito.

Elementos Objetivos: Se refiere a los distintos tipos penales que están recogidos por el Código Penal, los mismos que contienen descripciones objetivas de determinados estados y procesos, que constituyen la base de la responsabilidad criminal. Son elementos que para su conocimiento es suficiente el uso de los sentidos.

Javier Jiménez Martínez, en su obra, “Introducción a la Teoría General del Delito”, realiza una clasificación de la parte objetiva del tipo penal, y diferencia tres elementos: a) Elementos objetivos generales; b) Elementos objetivos especiales y; c) Elementos objetivos normativos.<sup>12</sup>

- a) Elementos Objetivos Generales: Acción, nexo causal, resultado, sujetos, adecuación típica. Estos elementos se presentan en todo tipo.
- Acción: La acción debe ser entendida en su sentido más amplio, es decir como acto, conducta, hecho, en un sentido positivo; y como omisión en sentido negativo. Mezger al respecto manifiesta: “Acción, base de acción de la pena, conducta humana que convierte en objeto de consideración jurídico penal un acontecimiento natural – real en el mundo de la experiencia”<sup>13</sup>

El concepto de acción, es un elemento esencial del delito que ha estado en constante discusión y como los demás elementos, no ha escapado a los constantes cambios, y distintas concepciones que se le ha dado a través del tiempo, desde el concepto de von Liszt y Belling, del sistema clásico del delito, en el cual se le da a la acción un concepto causal, es

---

<sup>12</sup> Jiménez Martínez, Javier. Introducción a la Teoría General del Delito. México, Editorial Ángel, 2003.

<sup>13</sup> Mezger, Edmund, Derecho..., págs. 89, 90, 91.



decir que cada acción produce un resultado en el mundo exterior, posteriormente se añadió a este concepto el componente de la voluntariedad. A continuación aparece un concepto social de lo que es acción, es igual al concepto del causalismo pero esta acepción le da un enfoque más social al concepto, es decir la acción se considera por la relevancia o importancia social que esta tenga. Luego surge el concepto finalista de la acción propuesto por Welzel: “La acción es la conducta voluntariamente realizada que se encuentra encaminada a obtener un fin, y que el hombre al conocer las causas, puede prever hasta cierto punto las consecuencias de la acción que lleva a cabo”. Dentro de este concepto se establecen dos fases de la acción, la primera que es una fase interna, que se remite al pensamiento (anticipación del fin, selección de los medios para lograr el fin y consideración de los efectos afines), y una segunda etapa, que se denomina fase externa; una vez que el autor anticipó los fines, escogió los medios, lleva a cabo la acción en el mundo externo, es decir lleva a cabo la exteriorización de su pensamiento.

Por otro lado, ciertas normas penales, castigan lo contrario a la acción, es decir lo que correspondería a una falta de acción u omisión por parte de una persona; por ejemplo, la norma penal penaliza el no socorrer a alguien que se encuentra en peligro, de esta forma la norma lo que quiere es castigar y de una u otra forma evitar esta inacción por parte de una persona.

- Nexo Causal: Para Romagnosi, “Es la esencia de la imputación de todo acto a quien se atribuye el mismo, sea su causa, el acto propio de tal ser y que no se pueda atribuir a nadie más.”<sup>14</sup>
- El nexo causal o relación de causalidad, se refiere al vínculo que existe entre la conducta y el resultado. De esta forma, al establecer la relación entre acción y resultado podremos colegir si una es consecuencia de otra. Sin embargo, en el caso de los delitos por omisión, surge un verdadero problema al tratar de establecer un nexo causal, ya que no se

---

<sup>14</sup> Romagnosi, Giandomènico. Génesis del Derecho Penal, Bogotá – Colombia, Editorial Temis, 1956.

puede atribuir a la inacción el posible resultado posterior, resulta difícil imaginar cual hubiera sido el resultado de haber actuado de una u otra forma determinada persona, para salvar este obstáculo se ha creado la teoría del “riesgo típicamente relevante”

- Resultado: Es el efecto producto de la acción realizada, que es perceptible, es la manifestación externa de la voluntad de una persona. Las legislaciones penales castigan la acción algunas ocasiones y en otras el resultado que se deriva de ésta.
  - Sujetos: Sujeto activo y sujeto pasivo; siendo el primero aquel que lleva a cabo o ejecuta la acción típica que ha sido descrita en la norma por parte del legislador, sin embargo, a veces puede darse la intervención de más de un sujeto activo dentro del precepto legal establecido, por lo tanto se podría hablar de copartícipes; por otro lado tenemos al sujeto pasivo, que es aquel que ha visto lesionado su derecho, por el cumplimiento de la acción presupuestada en la norma penal.
- b) Elementos Objetivos Especiales: Los elementos a los que algunas veces el legislador hace alusión, más allá de la acción, la causalidad y el resultado: El sujeto de la acción, objeto de la acción, tiempo de la acción, lugar de la acción, formas de comisión, medios de comisión.
- c) Elementos Normativos: Son todos aquellos elementos contenidos en la descripción de la conducta que se prohíbe, que necesitan una valoración para su conocimiento, ya que no son perceptibles a través de los sentidos, estos elementos concurren cuando:
- el legislador considera y describe conductas que deben ser tomadas como delito.
  - el juez examina el hecho para establecer su adecuación al tipo penal respectivo.

De esta forma, podríamos establecer una división de los elementos normativos en: elementos normativos jurídicos y elementos normativos extrajurídicos o culturales.

### I.III.3 LA TIPICIDAD EN LAS CONDUCTAS DE COMISIÓN DOLOSA

Una definición adecuada y práctica de *tipo penal* es la de Zaffaroni: *un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas.*

Cuando se habla de *instrumento legal*, se entiende que el tipo pertenece a un texto penal, en el cual se encuentran sus diferentes especies.

Es *lógicamente necesario*, pues sin el concurso de esta herramienta no se puede saber si una conducta es delictuosa.

En tercer lugar, se dice que es *predominantemente descriptivo* porque, para poder transmitir una conducta determinada, el legislador debe acudir a “descripciones” que permitan comprender, como si el interlocutor estuviese utilizando los órganos de sus sentidos, una imagen o acción determinada.

Finalmente, el tipo penal tiene la función de *individualizar conductas humanas* penalmente prohibidas, cuando otorga relevancia penal a los diversos comportamientos valorados de manera negativa por el legislador.

Huelga decir que, en el caso de la mala práctica médica, no existen estos presupuestos en la legislación ecuatoriana.

Es importante tener en cuenta la idea del *juicio de tipicidad*, que es la valoración que se hace con miras a determinar si la conducta objeto de examen coincide o no con la descripción típica contenida en la ley.

Son importantes también las nociones de *tipicidad* y *atipicidad*.

La primera es la peculiaridad que presenta una conducta en razón de su coincidencia o adecuación a las características del tipo penal, es decir, el resultado *positivo* del juicio de tipicidad.

La *atipicidad* es, por el contrario la falta de esa adecuación típica, lo cual no quiere decir la total ausencia de trascendencia penal, pues bien puede suceder que esa conducta encaje en una figura punible distinta.

Una mala práctica médica con frecuencia es resultado de una imprudencia, lo cual puede llevar a una muerte *por culpa*, en cuyo caso debe decirse que ese actuar es atípico de homicidio simple doloso, pero típico de homicidio imprudente.

#### **I.II.4 Funciones del Tipo:**

Una vez definido el tipo penal, así como analizado sus elementos y características más importantes, podemos destacar sus principales funciones:

##### *Función Social:*

El tipo penal es aquella descripción de una conducta prohibida, debido al daño o lesión que produce a determinados bienes jurídicos de los particulares, por lo tanto una función del tipo penal es proteger a la sociedad de cualquier comportamiento o acto que la afecte.

##### *Función Garantizadora*

Garantiza a los ciudadanos contra toda clase de persecución penal que no esté debidamente establecida mediante norma expresa dictada con anterioridad a la comisión del hecho, por parte del legislador, excluyendo de este modo de aplicar las leyes penales por analogía o en forma retroactiva. En otras palabras, una persona no podría recibir una pena, ni ser procesada por algún hecho o acción, que no se encuentre debidamente tipificado por una ley, remitiéndonos nuevamente al apotegma de *nulla poena sine lege*.

El juez no podrá determinar como delito aquel acto que no se adecue exactamente a lo descrito por la norma, aun cuando parezca que si lo hace a primera vista. Es necesaria la adecuación exacta.

Avala aquel axioma democrático en virtud del cual es lícita toda conducta humana que no esté legalmente prohibida.

### *Función Fundamentadora*

Basa la responsabilidad penal en sentido amplio, porque tanto la imposición de una pena como la aplicación de una medida de seguridad requieren que el sujeto activo haya realizado una acción adecuada al tipo penal.

Una conducta no puede ser calificada como delictiva mientras el legislador no la haya descrito previamente y conminado con sanción penal.

Los tipos penales permiten diferenciar una figura penal de otra, por semejante que parezca, en aspectos atinentes a sus elementos constitutivos (sujetos, conducta, objetos).

El tipo penal sirve de soporte para el instituto de la *participación criminal* porque dada la naturaleza accesoria de ésta, sólo podrá ser considerado partícipe punible quien ha colaborado con el autor de una acción adecuada a un tipo penal.

### *Función Motivadora o de Prevención*

El espíritu de la norma elaborada por el legislador, que describe una conducta prohibida y las repercusiones que tendrá la misma si se lleva a cabo, más allá de la imposición de una sanción es la de tratar de exhortar a las personas, a la sociedad, de no llevar a cabo la actividad prohibida.

## **CAPITULO II.**

### **PARÁMETROS PARA TIPIFICAR LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.**

#### **II.1 El Bien Jurídico.**

La salud, es un derecho fundamental de los habitantes de una nación; es un factor determinante para el desarrollo y progreso de los pueblos. La Constitución de la República del Ecuador, reconoce este derecho, en su, artículo 32, que manifiesta:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el del agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustenten el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente y oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (Constitución de la República del Ecuador, Art. 32, 2008)

De esto se desprende, al analizar el artículo citado, que el derecho esencial de la salud, no solo implica el acceso a una determinada atención médica, sino que está vinculado al ejercicio de otros derechos afines tales como el trabajo, la educación, cultura física, el agua, etc.; es decir todos aquel conjunto de derechos que sustentan el denominado “buen vivir”, como se establece en la actual constitución del Ecuador.

Al hablar de bien jurídico nos referimos a aquel bien que es efectivamente protegido por el Derecho. Esta definición contempla tanto bienes materiales como inmateriales.

El bien jurídico es aquel “bien” que se eleva a una categoría de tutelado o protegido por el derecho, y se impone una sanción a cualquier conducta que lo lesione o amenace.

A través de la historia, ha habido algunas interpretaciones del bien jurídico; en una concepción formal, se tiene al bien jurídico como resultado del derecho, es decir un bien jurídico inherente al ordenamiento jurídico, un producto de la creación del legislador a través de determinada norma o ley, existe una vez que se positiviza, caso contrario no; esta consideración del bien jurídico es estrictamente formal. Otra corriente, considera al bien jurídico como producto de un contrato social preexistente a cualquier norma o ley, en el cual los integrantes de una sociedad lo valoran y determinan previa cualquier creación o reconocimiento legislativo, son los intereses comunes que tiene la sociedad, con esta formulación se limita la potestad del legislador, ya que para que sea llevado a una positivación un bien jurídico deberá tener una preexistencia y reconocimiento social, esta es una formulación claramente material, de lo que representa un bien jurídico.

El autor de la primera teoría acerca del bien jurídico es Binding, es decir una teoría meramente formal, mientras Von Liszt<sup>15</sup>, al igual que Hans Welzel, defienden la teoría de que los bienes jurídicos se encuentran aún por encima de cualquier ley u ordenamiento jurídico.

Una clasificación de los bienes jurídicos es aquella que contempla bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos; los primeros son aquellos que protegen un bien individual por ejemplo la vida, la integridad; en cambio existen también otros que tutelan derechos o intereses colectivos, comunes a toda la sociedad, los cuales pueden efectivamente ser tutelados por medio de una ley o norma jurídica, en este caso nos referimos a aquellos derechos

---

<sup>15</sup> Liszt, Franz von, Tratado de Derecho Penal, T.II, Madrid, Editorial REUS S.A.

llamados colectivos o difusos, por ejemplo, la salud pública, medio ambiente, etc. Los bienes jurídicos individuales son aquellos que han sido tutelados tradicionalmente, pero con el desarrollo de las sociedades ha resultado difícil mantener una corriente individualista, ya que estos no han sido suficientes para proteger aquellos derechos e intereses de la colectividad, por tal razón se los ha elevado a categoría de bienes jurídicos. El problema surge, al momento de elegir cual constituye o no un bien jurídico colectivo, ya que los criterios tales como dañosidad social, necesidad de pena, etc., que se utilizan para catalogar bienes jurídicos individuales no necesariamente corresponden a la selección de un bien jurídico colectivo, tal es así, que para determinar un bien jurídico difuso se ha optado por tomar en cuenta otros criterios de valoración al establecer cuáles son las necesidades de la colectividad, vitales para la subsistencia y desarrollo de la sociedad, tales como vivir en un medio ambiente sano, la protección del consumidor, acceso a la salud, etc.

Zaffaroni<sup>16</sup>, al respecto del bien jurídico y el Derecho Penal reflexiona que, los bienes jurídicos son protegidos, o tutelados, por otras ramas del derecho, tales como el Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Internacional, etc., y no por el Derecho Penal, ya que su función está limitada a seleccionar ciertas conductas que los lesionan y a tipificarlas; de ahí que, el concepto de bien jurídico tutelado por el derecho penal es falso, ya que el derecho penal no crea ni tutela bienes jurídicos, solamente se dedica a sancionar las acciones que atentan contra los mismos:

El concepto de bien jurídico que plantea este autor, está fundamentado en la concepción liberal del bien jurídico, en la cual se piensa en un bien jurídico en correspondencia a la disponibilidad del mismo, es decir, se establece una relación objeto persona, ya que por lo general, se considera que los bienes jurídicos hacen siempre referencia a objetos, sin embargo estos son valorados, solamente en relación a la disponibilidad que tienen sobre los mismos las personas, es decir, solo una persona, un sujeto puede hacer uso de

---

<sup>16</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal – Parte General, segunda edición, Buenos Aires. Editorial Ediar, 2006.



determinado objeto tales como la salud, la integridad, el honor, etc.; entonces, lo que se lesiona es la posibilidad de una persona de disponer de determinado objeto. Por lo tanto un bien jurídico es aquella relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto.

Sin embargo, otros autores sostienen que la disponibilidad es solo una característica del bien jurídico, y no dispone o determina su existencia o no como sostiene Zaffaroni, que la disponibilidad determina la existencia del bien jurídico, y que hablar de un bien jurídico indisponible sería un sinsentido.

Diferentes autores, han dado su aporte a este concepto, marcando tendencias con concepciones del bien jurídico, en algunos casos similares y en otros muy divergentes.

Liszt<sup>17</sup>, marcó una tendencia, al sostener que el concepto de bien jurídico no es un enunciado meramente jurídico, como lo mencionamos anteriormente, es una noción material previa a la ley.

Welzel, propulsor de una teoría ontológica del Derecho, la acción es la parte central de la teoría del delito, el bien jurídico ocupa un lugar secundario para esta corriente del pensamiento; “Solo asegurando los elementales valores de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz”<sup>18</sup>. La misión del Estado es vigilar el cumplimiento de los valores sociales, y a través de aquello se logrará una efectiva protección de los bienes jurídicos.

En los últimos tiempos, se ha visto una desmesurada creación de bienes jurídicos, debido a que vivimos en una “*sociedad de riesgo*”, en la cual, los bienes jurídicos son afectados, por la lesión o por la puesta en peligro de los mismos, se han creado los tipos jurídicos de peligro es decir, de posible ofensa o lesión del bien jurídico, usualmente cuando nos referimos a temas como la seguridad, salud, paz, etc. Se han creado bienes jurídicos, cuya afectación responde a la puesta en peligro de otro bien jurídico, se crea un tipo de un acto

---

<sup>17</sup> Liszt, Franz von, Tratado de Derecho Penal..., pág. 6

<sup>18</sup> Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán - Parte General, 11 ed., Chile, 1970

preparatorio de otra tipicidad; este y otros mecanismos que se utilizan actualmente por el legislador, al tipificar conductas que no ofenden ningún bien jurídico verdadero, han desvirtuado el concepto del mismo, y han derivado en la proliferación de normas que defienden falsos bienes jurídicos.

En nuestras normas, debido al influjo que han tenido al momento de su elaboración, tanto de corrientes casualistas como finalistas, podrían presentarse inconvenientes o confusiones, acerca del bien jurídico que representa determinado tipo, un caso, podría ser cuando una misma acción, lesiona más de un bien, por ejemplo la libertad, la seguridad, el patrimonio, o cuando el objeto de amparo es afectado de varias formas.

La ausencia de bien jurídico, la falta de lesión o la anuencia del sujeto pasivo, eventualmente causarían la ausencia de tipicidad, por ejemplo, cuando el titular de determinado bien jurídico otorga su aprobación a la “agresión” de algún bien jurídico del que es titular. Para que no se llegue a configurar el delito, se necesita el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que el titular del bien jurídico tenga la capacidad suficiente para poder disponer de él.
- b) Que el bien jurídico sea disponible. (anteriormente, analizamos esta característica del bien jurídico, es decir la disponibilidad, y mencionamos el enfoque que daba al respecto Zaffaroni el mismo afirma que no existen bienes jurídicos indisponibles, ya que la característica esencial de un bien jurídico es su disponibilidad en la citada relación sujeto – objeto, ya que un bien jurídico indisponible simplemente no existiría). Sin embargo, al establecer esta característica nos referiríamos a una disponibilidad como característica y no determinante de la existencia de un bien jurídico.
- c) Que haya consentimiento del titular, o quien haga sus veces, y que no concurra ningún elemento que lo vicie de alguna manera. El consentimiento podría ser expreso o tácito, dependiendo de la situación.

Sin embargo, con este tercer supuesto surgen algunas interrogantes, que deben ser salvadas para comprobar si realmente existió la aquiescencia o no del sujeto pasivo; por ejemplo:

- ¿Quién debe proporcionar el consentimiento?; - ¿Cuándo se puede dar el consentimiento y cuándo no?; - ¿Quién y cuándo tiene la capacidad jurídica para hacerlo?; ¿Cuándo existió un asentimiento expreso y cuándo un tácito?, y de estas situaciones se deriven situaciones actuales, tales como las de la interrupción del embarazo, la eutanasia, inducción o ayuda al suicidio, que son temas que han creado un gran debate y polémica en los últimos tiempos.

Al hablar del consentimiento como factor excluyente de tipicidad, deben concurrir algunos condicionantes; es determinante la forma y el momento en que se otorga, por ejemplo, que éste sea dado antes de la ejecución del hecho, al estar el titular del bien jurídico de acuerdo con la acción que esta por cometerse, se elimina la amenaza o el peligro sobre el o los bienes del cual es titular, así también se debe tomar en cuenta si la persona se encuentra en efectiva disposición o no del bien jurídico.

El consentimiento acerca del bien jurídico, es válido dependiendo del caso, por ejemplo, la persona puede disponer de su patrimonio, honor, etc., sin embargo el consentimiento, por ejemplo, acerca del bien jurídico vida, no es eximente de culpa para quien atente contra el mismo. De igual manera, es fundamental la determinación de quién es la persona que otorga el consentimiento, y si esta tiene capacidad o no para hacerlo.

El término Salud Pública, es un enunciado que concierne a todas las personas que conforman nuestra sociedad, por lo tanto, confluyen los conceptos de salud colectiva y salud individual, ambos se encuentran tutelados bajo un mismo bien jurídico, y en el código penal se encuentran tipificadas las conductas o acciones que ocasionan o que eventualmente provocarían un daño o amenaza a este interés protegido; estas normas corresponden al Capítulo X de nuestro Código Penal, en el artículo 428 y siguientes.

En nuestro país, la salud, es un derecho que se encuentra tutelado y recogido por la Constitución y regulado por la Ley Orgánica de la Salud, y actos, acciones u omisiones que atentan contra este bien jurídico están tipificados por la Legislación Penal vigente, sin embargo, no todos los actos que podrían ser un eventual atentado a este bien jurídico se encuentran penados, tales como el de la mala práctica médica que corresponde al presente trabajo de investigación.

## **II.2 Tratamiento de la Participación.**

La adecuación de la conducta típica descrita por la norma, supone la existencia de un sujeto activo de la acción, es decir, la persona que la lleva a cabo, o es el causante del resultado previsto en la norma. No obstante, hay ocasiones, en que más de un sujeto interviene en el cometimiento de la infracción, sin embargo, la participación de cada uno de los sujetos puede no ser la misma, de tal forma que se debe determinar el grado de participación que tuvo cada sujeto en la realización de la acción típica.

La mayoría de tratadistas coinciden en cual debe ser el punto de partida para la determinación de la participación, al estudiar la misma como una teoría jurídico – penal, y este es el de la teoría de la causalidad.

Dentro de la participación, existen distintas formas que son importantes definir las y delimitarlas claramente, tales como: autoría, coautoría, complicidad, instigación, etc.

Autoría: La definición que reza en nuestro Código Penal acerca de la autoría es la siguiente:

Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración

del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. (Código Penal del Ecuador, Art. 42, 2009)

En esta definición del Código Penal se utiliza un concepto extensivo de lo que es el autor, y de esta interpretación, se pueden deducir los componentes de la definición, para que se configure una autoría: El autor actúa como tal y no con voluntad de cómplice o de instigador; el autor puede no realizar personalmente la acción, por cuanto a este le basta la realización del resultado, de esta forma puede actuar por medio de un coautor o también operar como autor mediato; la determinación de la autoría está limitada a la clase de delito que corresponda, por ejemplo los delitos relativos al juramento, un delito de perjurio solamente puede ser de autoría de la persona que jura y no puede ser atribuible a nadie más; el delito de injuria, es solo imputable a quien efectivamente la realiza.

El autor de un hecho castigado es aquel que lo realiza con voluntad, en la forma descrita por la norma y que produce los resultados previstos por la misma. Sin embargo la norma es clara al establecer como autores, no solo a aquel que perpetra directamente la acción, sino también al que la realiza por medio de otra persona.

Para el estudio de la participación (derivada y dependiente de la realización del hecho punible), se hace una diferenciación entre ésta y los denominados “hechos posteriores” que no corresponden a la misma.

El coautor es un partícipe en sentido amplio, y el instigador y el cómplice son partícipes en sentido estricto en el hecho realizado por el otro (autor)...

...Presupuesto de tal participación en ambos sentidos es que el hecho del “otro” no haya terminado en el momento de la intervención del coautor, instigador o cómplice. (Mezger, 2009, pág. 311)

El ‘*auxilium post delictum*’, la complicidad (u otra cooperación), son efectivamente sancionables, sin embargo, no se los considera como participación, sino que se los sitúa en una categoría diferente correspondiente a los denominados “hechos posteriores”, y son hechos punibles de forma independiente, estos corresponden a toda aquella actuación posterior a la cesación del hecho del “otro”, momento en el cual ya no corresponde hablar de participación.

No obstante, han surgido muchos conflictos, debido a la dificultad para determinar, cuándo ha terminado la actuación del otro, y por lo tanto cuándo cabría hablar de participación y cuando de actos posteriores a la acción.

Las formas de participación se distinguen de manera subjetiva u objetiva, es decir, teniendo en cuenta la voluntad del autor, o solo tomando en cuenta los elementos exteriores a esta voluntad respectivamente.

Un ejemplo planteado por Mezger explica esta valoración:

A y B participan en un hurto; A realiza el escalamiento a fin de hurtar y B queda de guardia afuera. Si se castiga a B como cómplice (y no como coautor), por haber querido solamente proteger y ayudar a A, se adopta un criterio subjetivo; pero si el castigo se funda en que B participa en dicho hurto exteriormente sólo en un grado más limitado, se tiene en cuenta el criterio objetivo. (Mezger, 2009, pág. 301)

El punto de referencia que se utiliza para determinar los distintos tipos de participación, es el direccionamiento subjetivo de la voluntad del partícipe, claro está, que esta voluntad está limitada por ciertas implicaciones de carácter objetivo.

A la coautoría, la instigación y complicidad, se las denomina como “accesoriedad”, ya que están supeditadas a la autoría de otro; no hay coautoría si no existe autor, de igual manera la instigación ni complicidad tendrían lugar si no existe un autor.

Coautor, es aquel que, lleva a cabo el hecho punible conjuntamente con otros, de manera consciente y voluntaria; a cada coautor se le imputa la totalidad del acto, sin tomar en cuenta la medida de participación, cooperación o colaboración que tuvo en el cometimiento del hecho, de tal manera, que para el coautor se hace referencia en el artículo 42 del Código Penal antes citado:

Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito... (Código Penal del Ecuador, Art. 42, 2009)

Es importante destacar que la colaboración puede haber surgido antes o durante el cometimiento del hecho, o también puede darse una coautoría sucesiva, es decir después de que el hecho haya sido ejecutado de manera parcial por los otros coautores

Instigador, es aquel que hace surgir en otro la idea de llevar a cabo un delito, sin embargo la persona que decide y domina la realización o no del acto es la aquel que recibe la instigación, a diferencia del autor mediato que es quien decide el cometimiento del delito y se vale de otro para llevar a cabo su ejecución. Nuestra legislación castiga la instigación en el marco de lo enunciado por el mismo art. 42 de nuestro código.

Cómplice, esta denominación se refiere, a aquella persona que presta auxilio, con voluntad de cómplice, a la realización del hecho por parte del autor; al respecto, nuestra legislación manifiesta el siguiente: Art. 43. “Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores o simultáneos.

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar. (Código Penal del Ecuador, Art. 42, 2009)

Lo más importante que se desprende del mandato legal anteriormente citado, es que la responsabilidad del cómplice queda limitada por la extensión del dolor, es decir, por el grado de culpabilidad que tenga en el hecho. De esta forma, el cómplice no respondería por los excesos cometidos por parte del autor, coautor, en caso de que los hubiera.

Sin embargo la norma no hace referencia expresa al menos, al caso de una complicidad por omisión, es decir, aquella persona que presta auxilio al cometimiento del hecho dejando de hacer algo; sin embargo, creo que esta particularidad si está tomada en cuenta en la norma en el momento que establece la complicidad de aquellos que directa o indirectamente cooperan.

Otro punto a resaltar acerca de la complicidad, es que, en la eventualidad de que el autor no sea susceptible de imputación, no exime de punibilidad a la persona que actuó como cómplice.

Encubridor; el concepto está dado por lo preceptuado en el artículo 44 del Código Penal que dice lo siguiente:

Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran habitualmente alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión, y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con



propósito de favorecer al delincuente. (Código Penal del Ecuador, Art. 44, 2009)

El primer punto importante de resaltar de la norma penal, es que el encubrimiento, tiene lugar una vez que se ha llevado a cabo el delito, es un actuar posterior al cometimiento de la infracción. El encubridor no tiene participación en el delito porque este ya ha culminado. Luego la norma es muy específica, al determinar todas las actuaciones que eventualmente darían lugar al establecimiento de una complicidad en un delito consumado.

### II.3 ITER CRIMINIS.

Desde la decisión como producto de la imaginación del autor, hasta el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso temporal – solo parcialmente exteriorizado- que se denomina camino del crimen o iter críminis. Son solo sucesivos momentos en la dinámica del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico y agotamiento del hecho. (Zaffaroni, 2006, págs. 626, 627.)

Claus Roxin<sup>19</sup>, establece una división del iter críminis en dos fases principales, una interna que no es susceptible de ser punible y otra fase externa, la cual si es punible.

La *fase interna*, a su vez tiene varias etapas que son: ideación o concepción, se refiere fundamentalmente, al momento en el que nace la idea de llevar a cabo el delito; deliberación, es una fase de reflexión, de estudio, para llevar a cabo la acción; resolución, es la fase en la cual, el sujeto toma la decisión de llevar a cabo la acción, adopta la voluntad de delinquir. Todos los actos o fases mencionadas anteriormente pertenecen o solamente se encuentran en el fuero interno del individuo, por lo tanto no son susceptibles de ser castigados.

---

<sup>19</sup> Claus Roxin, Derecho penal. Parte general, Tomo I, Madrid, 1997.

Al respecto, Zaffaroni manifiesta que existen reglas generales del iter críminis, haciendo referencia a las etapas que corresponden al fuero interno, las mismas que no pueden ser alcanzadas por la tipicidad, en razón a la máxima de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie puede ser castigado por sus pensamientos); de igual manera no puede ser punible la parte de la conducta inmediatamente anterior al cumplimiento del acto.

La *fase externa*, al igual que la fase interna tiene varias etapas que las describiremos a continuación:

- I. Actos preparatorios: Son todos aquellos actos que tiene como objeto la preparación y fomentación del delito, a través del aprovisionamiento de los instrumentos y medios necesarios para llevar a cabo la acción que se ha planeado. En este momento, estos actos no son punibles, ya que dichos actos no revelan ninguna violación legal (salvo aquellos con los que se esté atentando contra la seguridad del Estado). Por ejemplo como acto preparatorio para cometer un homicidio, una persona puede comprar un arma, sin embargo el hecho de comprarla no lo hace incurrir en ningún delito. Dentro de estos actos preparatorios podríamos mencionar a la conspiración, proposición, incitación, etc.
- II. Actos de ejecución: Es aquel proceder mediante el cual se lleva a cabo la acción que da origen al delito. Es la exteriorización de la voluntad de la persona, a través de ciertas acciones, las mismas que se adecuan a lo establecido por la norma penal.

Los actos de ejecución siguen un proceso determinado: tentativa, es cuando el autor, hace todo lo posible para que se consume el delito, sin embargo éste no ocurre por circunstancias ajenas a su voluntad, no constituye tentativa si no se ha dado el inicio de la ejecución del delito; delito consumado, se refiere a la realización de la conducta descrita por la ley penal. Cabe recalcar que no toda consumación del delito es instantánea, puede tener un carácter de permanente, por ejemplo el plagio.

III. Delito Agotado, es la última fase del iter críminis, es la consecución de lo que se había planeado, mediante una conducta que se encuentra debidamente tipificada.

#### **II.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES**

Existen ciertas circunstancias del delito, que cuando no son modificatorias o constitutivas del mismo, pueden constituirse en circunstancias atenuantes o agravantes.

Estas circunstancias podrían clasificarse por su naturaleza en: circunstancias personales, es decir aquellas que responden a la conducta o actitud del sujeto activo, dentro de ellas podríamos citar a la alevosía, premeditación (agravantes); o cuando el actor ha tratado de remediar el daño causado (atenuante). Otro tipo de circunstancias son las materiales, que se refieren a la ejecución misma del delito, por ejemplo, cometer el delito por precio, o llevar a cabo la acción delictiva en pandilla (agravantes). Finalmente, existen circunstancias mixtas, que tienen como característica que se manifiestan tanto en la ejecución del delito, así como en los medios que se emplean, por ejemplo el ensañamiento, prolongar innecesariamente el dolor y sufrimiento de la víctima (agravante).

Las circunstancias agravantes son aquellas que revelan una mayor culpabilidad, perversidad por parte del actor, y dicho actuar excede el presupuesto establecido en la norma penal, por ende, también producirá como resultado el aumento de la pena que se debe imponer (no se altera la esencia del delito). Nuestra ley establece un concepto de estas circunstancias, además realiza una enumeración de las mismas.

Art. 30:

“Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o

establecen la peligrosidad de sus autores...” (Código Penal del Ecuador, Art. 30, 2009)

A continuación del concepto se especifica cuáles son las circunstancias agravantes de un delito, citaremos algunas de las contenidas en el artículo 30;

- Alevosía (traición, insidias, etc.), al ejecutar la infracción: es decir cuando el agente actúa sobre seguro, sin correr ningún tipo de riesgo en la consumación de determinado delito y deja al sujeto pasivo sin ninguna posibilidad de defensa.
- Por precio (recompensa o promesa), no es necesario que, quien lleva a cabo el delito haya recibido un premio o precio, basta que haya recibido una promesa de recibirlo, y por este motivo ejecutó el delito.
- Cometer la infracción aprovechándose de incendio naufragio, sedición o conmoción popular.
- Llevar a cabo el hecho buscando a propósito la noche o el despoblado.
- Aumentar de manera deliberada el mal hecho, es decir causar otros males innecesarios para la ejecución del delito, etc.

De igual forma la ley puede señalar ciertas causas que disminuyen la responsabilidad criminal, claro está que la concurrencia de una de estas circunstancias no eliminan el delito que se ha cometido.

Art 29.

“Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor... (Código Penal del Ecuador, Art. 29, 2009)

Al igual que en el caso de las circunstancias agravantes, la ley establece las circunstancias que constituyen atenuantes del delito; y entre otras podemos citar las siguientes:

- Haber precedido injurias o amenazas por parte del ofendido.
- Cuando el culpable tiene más de 60 años.
- Que haya influido en el actor temor o violencia.
- Cuando el delincuente ha procurado reparar el hecho, o impedir las consecuencias derivadas del mismo, etc.

## **CAPÍTULO III.**

### **III.1 ANÁLISIS DE CASOS RELACIONADOS CON MALA PRÁCTICA MÉDICA.**

#### **III.1.1 Análisis de Casos en Otros Países.**

##### **CASO 1.**

Uruguay – Montevideo

Juzgado de Primera Instancia en lo Penal 17.

29 de junio de 2007.

##### **HECHOS**

Con fecha 26 de mayo de 2004. “DRCQ” y “RA” (en representación del Ministerio Público), presentan denuncias penales, por la muerte de “MC” (15 años), hijo de la primera, ocurrida el 8 de noviembre de 2003.

Según el relato de la madre de la víctima, el 31 de octubre de 2003, a su hijo le aparece una infección causada “aparentemente por la picadura de un insecto”, posterior a este evento, transcurren dos días cuando la madre decide llevar al menor a un centro asistencial, POLICLÍNICA DE LA INTENDENCIA MUNICIPAL DE MONTEVIDEO, debido a que presenta erupción y alta temperatura, en primera instancia no puede ser atendido, posteriormente regresa y es atendido por la doctora “GR”, quien registra la consulta, diagnostica “infección cutánea” e indica tratamiento de antibióticos (“Amoxicilina”, el único disponible en el botiquín debido a que a esa hora no funciona la farmacia) y antiinflamatorios (Ibuprofeno). Según “GR”, no se realizó ningún estudio paraclínico por tratarse de una infección leve, sin embargo se advirtió a la madre que de persistir o agravarse los síntomas

debería recurrir a un Hospital. No se realizó una historia clínica según la doctora por tratarse de una atención no programada.

El 4 de noviembre, la madre sigue todas las instrucciones médicas, el menor presenta una mejoría, sin embargo luego comienza a presentar síntomas de fiebre y dolor de cabeza, la madre le da un “Perifar” y “Novemina”, por lo que le baja la temperatura y el menor se duerme.

El 5 de noviembre aproximadamente a las 05:00, el menor se despierta con un intenso dolor en la pierna derecha, luego de ayudarlo a higienizarse, la madre se percata que tiene manchas rojas en la espalda. La madre llama al Servicio de Salud de Asistencia Externa (SSAE) No.105, explicando el cuadro clínico del menor, sin embargo se le manifiesta que debe esperar hasta las 08:00 porque antes no enviaban médico, sin embargo le aconsejan la suspensión del antibiótico.

La madre decide llevar a su hijo al “Hospital de Clínicas”, no obstante de este lugar es enviado al Instituto Nacional de Ortopedia y Traumatología (INOT-MSP), en este centro asistencial es llevado a Emergencias, una médica no identificada le suministra “Perifar” y luego “Kalitròn”, más tarde es atendido por otra médica y unos practicantes tampoco identificados, se le toma una radiografía y se le da de alta. La historia clínica registra como tratamiento a seguir: reposo, analgesia y hielo. Sin embargo, como las manchas se multiplican en el cuerpo del menor, este, junto a su madre, regresa a Emergencias del Hospital de Clínicas, lo atiende el Practicante Interno “RGC”, a quien la madre relata los síntomas agravados que presentaba su hijo, el Practicante lo examina, indica que podría tratarse de una alergia a los antibióticos y que se le practicarían exámenes de sangre y se le tomaría una radiografía del tórax. Posteriormente se hace cargo del caso el Dr. “WAB”, quien lo examina, pero le indica que había que esperar los resultados de los análisis. Posteriormente el médico indica que el resultado de los análisis demuestra una alergia a los antibióticos, que las manchas se iban a ir con la administración de “Kalitròn”. El Dr. “WAB” y la Dra. “MGRC”, son los que suscriben la Historia Clínica del paciente.

El 6 de noviembre, la menor continúa con los mismos síntomas pese a haber seguido las instrucciones médicas, por esta razón la madre vuelve a llamar al “105”, le reiteran las instrucciones dadas anteriormente, con la diferencia de que el último médico le indica que le suministre “Perifar”. Siguiendo estas instrucciones los síntomas empiezan a ceder y durante la noche las condiciones del menor son normales.

El 7 de noviembre, en la madrugada “M” se despierta y dice a su madre tener mucho frío, a pesar del ambiente caluroso, posteriormente vomita “algo negro”. Acto seguido su madre llama al 105; alrededor de una hora después de haber sido requerida llega una médica de radio, Dr. “SH”, quien realiza un diagnóstico de “Enfermedad de Lyme”, y pide traslado con código urgente en menos de una hora, otra médica que lo traslada diagnostica “Shock Séptico” y lo lleva a Emergencias del “Hospital Maciel”. En este centro es atendido, pero debido a la falla multisistémica grave de su ingreso no responde a las medidas adoptadas.

El 8 de noviembre de 2003, a las 02:45, fallece por “Shock Séptico” “MC”, siendo la causa el “Estafilococo Meticilino Resistente”.

#### PROCESO.

Dentro del trámite del proceso, se designó una Junta Médica para analizar la asistencia que había tenido “MC”, por parte de todas las instituciones que intervinieron, y se concluyó que:

En el INOT, el acto médico realizado fue incompleto tanto en los aspectos semiológicos (interrogatorio y examen físico) como por la ausencia de un diagnóstico y conducta a seguir; asimismo hubo una incorrecta valoración del paciente que fue dado de alta. Hubo errores inexcusables de los médicos que atendieron al menor.

En el Hospital de Clínicas, en Emergencia, la Historia Clínica adolece de omisiones de semiología elemental, y en conclusión en este Hospital hubo error médico inexcusable que parte de un incorrecto diagnóstico al no valorar que se



estaba frente a un paciente portador de una enfermedad infecciosa, potencialmente grave, en evolución. Esta falta médica estuvo fundamentalmente basada en un interrogatorio y examen físico inadecuados que no les permitió poder observar que "había sin embargo algunos elementos que señalaban que había un cuadro infeccioso en marcha (y no podía quedar sin tratamiento)".

En suma, la causa de la muerte fue una sepsis a estafilococo aureus meticilino-resistente (SAMR), que el proceso asistencial careció de un seguimiento longitudinal, siendo fraccionado, parcial e inadecuado y la incidencia de ésta - como nexo causal- en el desenlace fatal, se remite a conceptos del Profesor Dr. S en su informe al MSP "La enfermedad que condujo a la muerte de MC pudo haber sido modificado en su curso evolutivo de haberse establecido un diagnóstico y haberse iniciado un tratamiento antibiótico empírico adecuado".

El Ministerio Público solicita que se condene a WAB y MGRC como autores de UN DELITO DE HOMICIDIO CULPABLE, a la pena de 24 y 22 meses de prisión, respectivamente, con descuento de la preventiva cumplida.

Deben responder como autores del delito referido (artículo 60 del Código Penal) a título culpable, ya que al ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue (artículo 18 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley 16.707).

FALLO:

Condenando a WAB y MGRC como autores responsables de UN DELITO DE HOMICIDIO CULPABLE, a las penas de VEINTICUATRO (24) MESES DE PRISIÓN Y VEINTIDÓS (22) MESES DE PRISIÓN, respectivamente, con descuento de las preventivas sufridas y de su cargo los gastos comprendidos en el literal e) del artículo 105 del Código Penal.

Ejecutoriada, cúmplase, liquídese la pena, comuníquese y oportunamente, vuelvan para informar en el trámite de la Libertad Condicional.

## ANÁLISIS.

En el caso citado, dos médicos fueron acusados y sentenciados a cumplir una pena, por haberseles encontrado culpables del cometimiento de un “Homicidio Culposo”, este delito se encuentra tipificado en el artículo 314 del Código Penal de Uruguay, no obstante, tanto en las conclusiones de la Junta Médica, así como en los resultados arrojados de los respectivos peritajes, se concluye que este fue un caso de evidente “Mala Praxis Médica”, sin embargo, este tipo no se encuentra previsto en la Legislación Penal Uruguaya, motivo por el cual, se ha debido encasillar o adecuar este caso de Mala Práctica Médica, a uno de los tipos existentes en dicha legislación, y este es el de “Homicidio Culposo”.

Se estableció la existencia de un nexo causal entre el “proceder” de los médicos y el desenlace fatal, ya que de haberse tomado las medidas adecuadas, y haberse seguido los procedimientos correctos este pudo haberse evitado.

Los médicos fueron sentenciados por un delito de homicidio, con el grado de culposo, es decir, como responsables del delito, no por haber tenido la intención de llevarlo a cabo (dolo), sino por su manera de proceder, la cual fue calificada dentro del proceso como incorrecta, errada y negligente, es decir no actuar como debían y podían hacerlo (culpa).

Este caso, más allá de un homicidio culposo, evidencia claramente que se trata de una mala práctica por parte de los médicos que intervinieron en el mismo, debido a que no actuaron como debían e inobservaron protocolos elementales en lo referente a diagnóstico, tratamientos, etc. De contar la Legislación Uruguaya con un tipo específico que castigue la mala práctica médica, se hubiera seguido el proceso por esta vía, y no por la de un Homicidio.

## CASO 2.

Chile - Santiago

4 de Octubre de 2007

## HECHOS.

El día 19 de enero de 2001, alrededor de las 02:00 horas de la madrugada, una persona de sexo femenino, de 61 años de edad, concurrió a la Unidad de Emergencia del Hospital de Peñablanca, Villa Alemana, con dolores abdominales y vómitos, en donde fue atendida por una doctora de turno, quien la examinó y, tras descartar una patología cardiológica, mantenerla en observación durante unas tres horas por los dolores que presentaba, suministrarle medicamentos apropiados al mal que le supuso (gastritis), y habiéndosele calmado el dolor y concluidos los vómitos, dispuso su alta médica, enviándola a su casa.

Posteriormente, ese mismo día y alrededor de las 18:20 horas y en circunstancias que a la paciente le volvieron los mismos síntomas, regresó a dicha unidad de emergencia, con dolores digestivos y de abdomen, náuseas, inapetencia y decaimiento, en donde la atendió el médico de turno y tras examinarla, también le diagnosticó una probable gastritis, suministrándole Viadil y Ranitidina, remitiéndola después a su casa.

En la madrugada del día siguiente, esto es, el 20 de enero de 2001, la referida paciente volvió por los mismos problemas digestivos, los que, mientras era atendida, derivaron en un paro cardio-respiratorio que obligó a practicarle maniobras de reanimación, lo que hizo el médico tratante, todo lo cual derivó en el fallecimiento de la enferma, revelando la autopsia posterior que éste lo causó un vólvulo de sigmoide, deceso que tal vez pudo evitarse de haber sido la paciente enviada por el facultativo, en la segunda visita a la posta, a un centro asistencial con mayores recursos para recibir la atención médica especializada que requería.

## PROCESO:

Por sentencia de diez de noviembre de dos mil seis, (fojas 871 a 910), dictada en la causa N° 35.957 del Juzgado del Crimen de Viña Alemana, el señor juez don Heber Manuel Rocco Martínez, condenó a David Antolín Toloza Ferreira a la pena de quinientos cuarenta días de reclusión menor en su grado mínimo,

accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como *autor del cuasidelito de homicidio por negligencia médica culpable, previsto en el artículo 491 del Código Penal y sancionado en el artículo 490 N°1* del mismo texto legal, cometido en la persona de Ernestina del Carmen Avendaño Andrade el 19 de enero de 2001 en Villa Alemana. Asimismo, acoge la demanda civil de indemnización interpuesta por Winston Montes Vergara, en representación de María Cristina Carbullanca Avendaño, condenando a David Antolín Toloza Ferreira a pagar la suma de diez millones de pesos, por concepto de daño moral, la que se reajustará de acuerdo a la variación de IPC entre el mes siguiente al de este fallo y al anterior al de su pago efectivo.

Apelada la anterior decisión, tanto por la parte querellante como por la defensa del único acusado de autos, según reza de fojas 915 y 926, respectivamente, y evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 938, por decisión de diecinueve de mayo de 2001, que corre a fojas 950, la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó en todas sus partes la aludida resolución.

En contra de este último veredicto, el convicto y la parte querellante dedujeron, en lo principal de sus presentaciones de fojas 951 y 965, sendos recursos de casación en el fondo, asilados en los ordinales 1°, 3° y 7° (primer recurso); y nuevamente el numeral 1° (segundo recurso), todos del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Penal.

Que si bien a fojas 974, ambos recursos fueron declarados admisibles, efectuada la vista de los mismos el 18 de julio pasado y estando vigente el estado de acuerdo de la presente causa, con fecha 27 de julio del presente año se presentó un escrito de desistimiento respecto del recurso de casación en el fondo presentado por la querellante particular y demandante civil, lo que fue aceptado, conforme se lee al comienzo de la presente sentencia, por lo que sólo continuó con el propuesto por la defensa del acusado.

El recurso de casación presentado por Toloza, tiene su fundamento en las causales tercera y séptima, y subsidiariamente en la del número primero, todas del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal: *"En que la sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal; en el haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia; y finalmente, en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que le ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena. En lo que dice relación con la causal 3°, sostiene que no se configura el ilícito de homicidio culposo y, en todo caso, no sería posible demostrar que la conducta de Toloza causó la muerte de la paciente, la que vincula a un accidente imprevisto derivado de un cuadro denominado Isquemia intestinal más hipertensión arterial preexistente causante de un colapso circulatorio.*

En casación, se resolvió, la anulación de la sentencia dictada en primera instancia y ratificada por el Tribunal de Apelaciones. Algunas de las consideraciones más importantes que estipula la sentencia de reemplazo son las siguientes:

- Que en materia de cuasidelitos por negligencia médica, como es el caso de autos, es necesario tener presente, en primer lugar y como un elemento esencial al momento de configurar el tipo penal, que en el ejercicio de esta profesión como ocurre en general respecto de toda profesión liberal lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es, el que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente, pues ello depende de múltiples condicionantes, muchas veces ajenas a la voluntad del tratante, lo cual, por lo demás, haría prácticamente imposible el ejercicio profesional del ramo; sino que lo que se impone a éste es el cumplimiento de una

obligación de medios, lo que equivale a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento . Así, la culpa médica consiste en no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño.

- Que de los antecedentes referidos en el proceso, aparece claramente establecido que la actuación profesional del inculpado se ajustó, en cuanto a su trato, diligencia y pericia, a la realidad de la paciente, sin que pueda de ellos desprenderse de modo alguno que existió un error de diagnóstico que pudiera estimarse como una expresión de impericia o ignorancia inexcusable y que, por tanto, sea posible asimilar a los elementos de la culpa que ya se han señalado.
- Todos los informes y declaraciones médicas recogidos en el proceso, coinciden en que la sintomatología del vólvulo sigmoide no siempre es igual ni tampoco inconfundible y además se advierte que el cuadro de oclusión intestinal bien pudo presentarse después de la segunda consulta, lo que acerca a la realidad el diagnóstico médico del inculpado y se aleja definitivamente de las exigencias básicas de la culpa como son la previsibilidad del resultado lesivo y la relación causal entre éste y la conducta del imputado. De esta manera no resulta posible estimar que en la especie se haya configurado el cuasidelito de homicidio que fue materia de la acusación fiscal de autos y de la acusación particular deducida por la querellante, motivo por el cual el acusado debe ser absuelto de dicho cargo.

#### ANÁLISIS.

En este caso, en primera instancia, se condenó al Dr. David Tolosa Ferreira como autor del cuasidelito de homicidio por negligencia médica culpable, la sentencia fue apelada y ratificada en segunda instancia, sin embargo en casación se revocó la misma y por lo tanto también se absolvió al médico inculpado.

En la legislación chilena, se encuentra tipificada la negligencia en la que eventualmente puede incurrir un médico, sin embargo no se lo ha hecho de una manera específica, por lo que no podríamos decir que se trata de una ley que se remita específicamente a la mala práctica médica, ya que en la misma se hace referencia a otras actividades distintas de la médica.

En el Título X: DE LOS CUASIDELITOS, en el artículo 491 del Código Penal de la República de Chile, establece:

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

Iguales penas se aplicarán al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas” (Código Penal de la República de Chile, Art. 491, 2009)

Y la sanción que se establece se encuentra contemplada en el artículo 490:

“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.
2. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte sueldos vitales, cuando importare simple delito.” (Código Penal de la República de Chile, Art. 490, 2009)

El artículo de la legislación chilena, hace una importante aproximación para tratar de regular la actividad médica, sin embargo, esta normativa es bastante general, ya que no se establecen parámetros específicos que permitan determinar si se configura o no el tipo; simplemente se castiga a aquel “que causara un mal” por desempeño negligente de su profesión.

De esta forma, con la sentencia inicial se condenó al médico, por haberse configurado el tipo correspondiente (Art. 491), es decir que, por la negligencia en su proceder causó la muerte de una persona. Sin embargo, y pese a haberse ratificado en segunda instancia, la sentencia fue revocada en casación, ya que nunca se pudo acreditar los supuestos de hecho, que dan lugar a los supuestos básicos del proceso. Los informes médicos y periciales con los que se sustentan los hechos ocurridos, arrojan como resultado que el médico habría cumplido con todos los procedimientos necesarios, que las circunstancias requerían por lo tanto no actuó negligentemente y por consiguiente no se llegó a configurar el tipo penal por el cual se lo juzgó inicialmente. Se revocó la sentencia en casación por haber recaído ésta en las causales determinadas por la Ley para llevar a cabo este recurso (arts. 514, 527 y 534 Código de Procedimiento Penal)

### CASO 3.

Barcelona – España

Sentencia de 26 de mayo de 2005

Procedimiento abreviado # 332 / 2004

#### HECHOS:

El día 17 de diciembre de 2002 D<sup>a</sup> [...], de 29 años de edad, ingresó en el servicio de urgencias de la Clínica [...], donde le fue diagnosticado un embarazo ectópico en la trompa de Falopio izquierda. En la mañana del día 18 de diciembre D<sup>a</sup> [...] fue intervenida por el acusado D. [...], cirujano especializado en ginecología mediante la técnica denominada laparoscopia, que consistió en la introducción de un tubo óptico a nivel del ombligo de la paciente, mediante el que se visualizaba el campo operatorio, tubo que fue manejado durante la intervención por la doctora D<sup>a</sup> [...], y la posterior introducción de un instrumento quirúrgico denominado trocar, con el que el cirujano procedió a la realización de la salpingectomía izquierda o extirpación



de la trompa donde se alojaba el embarazo extrauterino. Al Introducir el trocar, el acusado causó una punción extraperitoneal en la vejiga urinaria de D<sup>a</sup> [...], que permanecía con una sonda instalada durante la intervención, lo que determinó; la salida de orina al peritoneo, circunstancia no detectada durante la intervención ni una vez finalizada la misma.

Durante el postoperatorio D<sup>a</sup> [...] fue sondada en la tarde del día 18 para la evacuación de orina, al no producirle de forma espontánea y por la herida ocasionada por el trocar se evacuaba un líquido seroso, a la vez que la zona de la fosa ilíaca izquierda presentaba un eritema, quejándose la paciente de dolores abdominales, lo que motivó que a las 00.00 horas del día 19 la ginecóloga de guardia realizase una intervención con estilete en la zona, con recogida de líquido seroso y realización de cura compresiva.

En la madrugada del día 19, D<sup>a</sup> [...] manifestó que había miccionado durante la noche en escasa cantidad, presentando inflamada la fosa ilíaca izquierda, alcanzando la inflamación a la vulva y una zona eritematosa en el muslo izquierdo. Habiéndose practicado un hemograma completo con extracción a las 00.19 horas del día 18 de diciembre, en que el recuento de leucocitos de la paciente era de 9.510, en el hemograma del día 19 siguiente, con extracción practicada a las 09.26 horas, los leucocitos habían disminuido núm. 4.200. Sobre las 17.00 horas del día 19 de diciembre D<sup>a</sup> [...] presentaba, además de la tumefacción de la fosa iliaca izquierda, de la zona vulvar y el eritema en el muslo, con induración de los tejidos, taquicardia y tensión arterial mínima, lo que motivó que se avisara al acusado, que acudió a la clínica pidiendo un hemograma urgente, realizándose la extracción a las 18.02 horas, arrojando los resultados, entre otras mediciones, que los leucocitos; eran de. 2.200, además de pedir que se avisara al departamento de medicina, interna, acudiendo a visitar a la paciente el doctor D. [...]. A las 21.45 horas del mismo día, permanecían los síntomas relatados, tales como la salida de líquido seroso por el orificio de entrada del trocar, endurecimiento de la zona, con eritema y edema que se extienden hasta la zona inguinal y púbica, siendo dolorosa a la palpación, síntomas que determinan que a las 22.30 horas del día 19, el

médico intensivista doctor D. [...] decida avisar al acusado para que acuda a la clínica, realizándose un nuevo hemograma, con extracción de sangre practicada a las 23.00 horas, habiendo descendido el número de leucocitos a 1.600, decidiéndose bajar; a la paciente al quirófano, donde D<sup>a</sup> [...] fue intervenida por el doctor D. [...], actuando como ayudantes los doctores D. [...] y D. [...], mediante laparotomía media infraumbilical, no hallándose lesión intestinal pero sí una perforación a nivel de la cara anterior extraperitoneal de la vejiga urinaria con salida de orina al espacio de Retzius, constatándose la comunicación entre la zona de la perforador y el trayecto seguido desde el orificio de trocar en cuadrante inferior izquierdo, practicándose lavados múltiples de la cavidad abdominal, pese a lo que se produjo una sepsis generalizada por el coli que desembocó en un fracaso multiorgánico, falleciendo D<sup>a</sup> [...] a las 0200 horas del día 21 de diciembre de 2002.

#### PROCESO.

Se llevó a cabo el juicio oral y público, presidido por Juan Pedro Yllanes Suárez, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Penal, número 3 de Barcelona; vistas las actuaciones de procedimiento abreviado núm. 332/04-R, procedentes del Juzgado de Instrucción número 30 de Barcelona iniciadas por querrela de fecha 12 de febrero de 2003 , incoadas por un *delito de homicidio por imprudencia profesional contra D. [...]*, nacido en Barcelona el [...], con documentó de identidad número [...], defendido por el letrado D. [...], habiendo intervenido como acusación pública el Ministerio Fiscal, como acusadores particulares D. [...], D. [...], D<sup>a</sup> [...], y D<sup>a</sup> [...] defendidos por el letrado D.

#### FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA.

- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave, previsto y penado en el artículo 142.1 del Código Penal.
- El doctor D. [...] atendió a la paciente, de un embarazo ectópico, siendo necesaria la práctica de una salpinguecotomía para extraer la trompa de Falopio izquierda en donde se había implantado el embrión, mediante la

técnica de laparoscopia, sin embargo, al introducir el trocar en la fosa ilíaca izquierda (maniobra efectuada por el acusado mientras que la especialista que le ayudaba en la intervención manejaba la óptica, como declaró en la prueba testifical), cuando el instrumento punza la vejiga urinaria de D<sup>a</sup> [...] en su zona extraperitoneal, se provoca la lesión con salida de la orina al peritoneo, circunstancia que no pudo apreciarse durante la laparoscopia al no salir el contenido vesical a la cavidad corporal que constituía el campo operatorio.

- Durante el postoperatorio, se van produciendo complicaciones demostrativas de que algo no había marchado como debiera, señalando los familiares de la fallecida que desde el primer momento, esta estuvo quejándose de dolores en la zona abdominal y de que tenía serias dificultades para orinar, hasta que después de varios procedimientos y exámenes, se deduce que existe la lesión vesical extraperitoneal, con vertido de orina que provoca infección por la bacteria E coli de tal virulencia que desemboca en un shock séptico con fallo multiorgánico que determina el fallecimiento de le paciente poco más de 24 horas después.
- La acusación particular, en su escrito de conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del plenario, atribuye al acusado una negligencia profesional continuada desde la laparoscopia, para solucionar el embarazo ectópico, hasta el postoperatorio que desembocó en la laparotomía que no pudo solucionar las complicaciones surgidas
- Sólo el defectuoso empleo de dicho instrumento quirúrgico explica la punción, provocado no por la ineptitud del acusado en la realización de la técnica para acceder al problema, ni por el olvido O la desatención de la llamada "lex artis", entendiéndose por tal el conjunto de reglas de actuación profesional que el especialista debe conocer, sino por el exceso de confianza que determinó el haber seguido el protocolo, descuidando seriamente, extremar la precaución al introducir el trocar en la anatomía de D<sup>a</sup> [...].

- Lo inusual de la complicación derivada de la conducta del acusado, demuestra que la falta de diligencia, con la infracción del deber de cuidado que le incumbía, fue de gravedad, sin alcanzar como se ha anticipado las exigencias de la imprudencia profesional, completando su actuación, unida al fatal desenlace de la paciente, los requisitos objetivos y subjetivos para que proceda el reproche penal referido anteriormente.
- Del citado delito aparece como autor responsable, artículos 27 y 28 del Código Penal, el acusado D. [...] por su participación directa y material en los hechos relatados, tal y como se desprende de la prueba practicada en el acto de la vista oral con plenas garantías de contradicción

#### SENTENCIA:

Se condena a D. [...] como autor *de un delito de homicidio por imprudencia grave*, ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, al pago de las costas causadas, incluidas las devengadas; por la acusación particular y a que indemnice, conjunta y solidariamente con la entidad aseguradora [...], a D. [...] en 150.000 €, a D<sup>a</sup> [...] y D. [...] en 25.000 € a cada uno, y a D<sup>a</sup> [...] en la suma de 10.000 €, por los perjuicios ocasionados con responsabilidad subsidiaria de la entidad clínica [...].

#### ANALISIS:

El juez a quo, emitió una sentencia condenatoria en contra del médico que fue el causante de la lesión que produjo la muerte de la paciente, para que responda por un delito de homicidio por imprudencia grave; este delito se encuentra tipificado en la legislación española:

#### Artículo 142.

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.
  
3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.(Código Penal de España, Art 142, 2009)

Además, se estableció que el médico, no produjo la lesión por ineptitud, olvido de la *lex artis*, sino por exceso de confianza en su proceder, que determinó el “haber seguido el protocolo, descuidando seriamente, extremar la precaución al introducir el trocar en la anatomía de la víctima”. Sin embargo, al decir esto, se incurre en una indebida argumentación, ya que se manifiesta el cumplimiento de los protocolos y por otro lado que los mismos se llevaron a cabo sin precaución, o descuidadamente; por tal razón, simplemente los protocolos establecidos no se cumplieron, al manifestar que hubo imprudencia o descuido. Por lo tanto al haber concurrido en este caso una inobservancia de los protocolos establecidos, se estaría configurando una mala práctica médica, sin embargo este delito no está tipificado en el Código Penal de España.

#### CASO 4:

Zaragoza – España

Sentencia de 27 de junio de 2005. Recurso núm. 52 /2005

#### HECHOS:

El día 2 de mayo de 2002 D<sup>a</sup> [...] ingresó en el Hospital [...], dependiente del Servicio Aragonés de Salud, siendo atendida en el Departamento de Ginecología y Obstetricia al encontrarse embarazada.

Sobre las 10:45 horas se llevó a cabo la inducción del parto mediante la aplicación de prostaglandinas en gel.

El día 3 de mayo, desde las 8 horas prestaba sus servicios en dicho departamento, A<sup>a</sup> [...], mayor de edad, sin antecedentes penales, y especialista en ginecología y obstetricia, siendo auxiliada en sus labores por B<sup>a</sup> [...], mayor edad, sin antecedentes penales, médico interno residente, y por C<sup>a</sup> [...], mayor de edad, sin antecedentes penales y matrona.

Como se aplicara oxitocina a D<sup>a</sup> [...], pasó a la sala de dilatación tras observarse la rotura espontánea de la bolsa y se apreciase meconio espeso a las 13.15, pasando a la sala de partos a las 17,30 y produciéndose el parto tras aplicación de fórceps.

El recién nacido, normalmente conformado, fue asistido por el servicio de pediatría del citado hospital, presentando asfixia perinatal grave, y síndrome de aspiración meconial, procediéndose a su intubación traqueal, presentaba una neumonía secundaria al proceso espirativo con miocarditis isquémica y edema cerebral, que determinaron su fallecimiento a las 20,30 horas del día 5 de mayo de 2.002. El departamento de Obstetricia y Ginecología referido tiene asegurada la responsabilidad civil mediante póliza concertada con la entidad [...] Seguros S.A

#### PROCESO:

En primera instancia con sentencia de 10 de Diciembre de 2.004, el juez del Juzgado de lo Penal número 3 de Zaragoza condenó a D<sup>a</sup> [...] como responsable en concepto de autora de un *delito de homicidio por imprudencia grave profesional*, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico por el tiempo tres años. Pago de todas las costas públicas y de un tercio de las costas de la acusación particular, y que indemnice a D. [...]

y a D<sup>a</sup> [...] en la cantidad de 120.000 €, más los intereses legales correspondientes, declarándose la responsabilidad directa de la Cía. De Seguros [...], S.A. y la responsabilidad civil subsidiaria del Servicio Aragonés de

Se absolvió a B<sup>a</sup> [...] y C<sup>a</sup> [...] del delito de homicidio por imprudencia grave profesional por el que venían siendo acusadas.

Contra este fallo, se interpusieron recursos de apelación, por parte de la acusación particular, y por parte de la condenada. La acusación particular señala como extemporáneo la apelación planteada por la acusada, además solicita que se condenen a las personas acusadas que han resultado absueltas en primera instancia, sin embargo, estas alegaciones son desestimadas por el tribunal. Por otro lado, se acoge la apelación propuesta por la condenada, la misma que tiene su fundamento en los distintos informes médicos y peritajes incorporados al proceso, de los cuales se desprende que el proceder de la condenada fue el correcto y adecuado.

Por tanto el tribunal manifiesta que: no se infringieron las normas de la práctica médica exigible, ya que, cuando surgieron signos de sufrimiento fetal se acordó la finalización del parto mediante extracción con fórceps, siendo esta una de las posibilidades y la otra la cesárea, dependiendo una u otra del criterio médico, pero ambos conformes a la “lex artis” médica.

El hecho de no haberse realizado la cesárea obedece a criterio médico, y, en el caso presente, la inactividad de la recurrente, en cuanto no la realizó, no puede estimarse contraria a la “lex artis”, ello al ser ambas conductas posibles y conformes; y, aunque, solo a efectos hipotéticos, pudiera considerarse una elección errónea, no lo es menos que el error no sería subsumible en imprudencia alguna, al menos penalmente, al ser ambas indicaciones, como hemos puestos de manifiesto, posibles. Todo lo cual lleva a la estimación de los recursos.

**SENTENCIA:**

Que desestimando el recurso interpuesto por la acusación particular y estimando el resto de recursos de apelación interpuestos, revocamos íntegramente la sentencia dictada con fecha 10 de Diciembre de 2.004 por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Penal número 3 de Zaragoza, en las Diligencias de P.A nº 206 de 2.004, absolviendo a D<sup>a</sup> [...] del delito de imprudencia con resultado de homicidio por el que venía siendo condenada en primera instancia y al Servicio Aragonés de la Salud y Seguros [...] de los pedimentos civiles contra ellos deducidos, con declaración de costas de oficio de la misma, y declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

**ANÁLISIS:**

El juez de primera instancia condenó a D<sup>a</sup> [...], ya que según el análisis de los hechos, el proceder de la imputada no fue el correcto, y como resultado del mismo se produjo la muerte del recién nacido, se la condenó según el Artículo 142 del Código Penal de España (homicidio por imprudencia profesional). El fallo fue apelado por la condenada y por la acusación particular. La apelación de la acusación particular no fue aceptada por el tribunal de justicia, y por otro lado, el recurso presentado por la condenada si tuvo lugar, y como consecuencia, el fallo revocó la sentencia de primera instancia, sustituyéndola por otra, en la cual se absolvía a la persona que fue antes condenada, este fallo fue la consecuencia de los distintos informes médicos y periciales que concordaban en que la condenada había seguido los procedimientos y había actuado según la “Lex Artis”.

En todo caso, la Legislación española no cuenta con una Ley de Mala Práctica Médica, sino que estos casos se juzgan bajo la Ley Penal referente a imprudencia profesional (art.142), que es la norma que más se asimila a este caso, sin embargo la norma no es concreta ni específica, no se manifiesta cuando hay o no una imprudencia, tal vez esta es la razón por la cual el juez a quo condenó a la acusada, y posteriormente como resultado de la apelación propuesta por la condenada el tribunal, decidió absolver a la condenada, ya



que a su entender ésta actuó siguiendo los procedimientos establecidos. Otro problema es que en esta norma, se agrupa a todas las profesiones y se las juzga de la misma manera, lo cual crea un verdadero conflicto ya que cada profesión es diferente y debe ser considerada y analizada de forma individual, debido a las particularidades que presenta cada una; de igual forma esta norma hace alusión solamente al homicidio resultante de una imprudencia profesional, dejando por fuera las sanciones a posibles lesiones resultantes de dicha actividad.

### **III.1.2 Análisis de Casos en el Ecuador.**

Ecuador.

#### **CASO DE SUPUESTA MALA PRAXIS MÉDICA (CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS)**

Sentencia del 21 de noviembre de 2007.

Denuncia No. 12.406, remitida a la Secretaría de la Comisión el 31 de mayo de 2001, y complementada el 27 de junio de 2001, por Carmen Susana Cornejo Alarcón de Albán.

El 23 de octubre de 2002 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 69/021 y el 28 de febrero de 2006 aprobó el Informe de Fondo No. 7/062, en los términos del artículo 50 de la Convención.

Hechos Probados:

El día 13 de febrero 1987 la Señorita Laura Susana Albán Cornejo ingresó al Hospital Metropolitano, situado en Quito-Ecuador, debido a un cuadro de clínico de meningitis bacteriana. El 17 de diciembre de 1987, durante la noche la señorita sufrió un fuerte dolor. El médico residente le prescribió una inyección de diez miligramos de morfina. El 18 de diciembre de ese mismo año, la señorita Albán murió, presuntamente por el suministro del medicamento aplicado.

Posteriormente sus padres, Carmen Cornejo de Albán y Bismarck Albán Sánchez, acudieron ante el Juzgado Octavo de la Corte de lo Civil de Pichincha para obtener el expediente médico de su hija, y ante el Tribunal de Honor del Colegio Médico de Pichincha. Después los padres presentaron una denuncia penal ante las autoridades estatales, en consecuencia los médicos fueron investigados por negligencia médica en la práctica médica, y el proceso seguido en contra de uno de ellos fue sobreesido el 13 de diciembre de 1999, al declararse prescrita la acción penal. Respecto al otro médico, su situación jurídica se encuentra pendiente de resolución judicial.

La demanda de la Comisión fue notificada al Estado y a los representantes el 17 de agosto de 2006.

La demanda de la Comisión hace referencia a que el Estado no ha asegurado el acceso efectivo a las garantías y protección judiciales de los padres, quienes en su interés por establecer el homicidio de su hija, años han buscado la justicia y la sanción de los responsables mediante el recabo de indicios respecto de la muerte de aquélla.

La Comisión señaló en la demanda que en el ordenamiento interno y en la práctica del Ecuador no existen normas o mecanismos adecuados que permitan promover la persecución penal cuando se afectan bienes jurídicos y su vulneración requiere el ejercicio de la acción pública.

Los representantes de las presuntas víctimas solicitaron al Tribunal que declare que el Estado violó los derechos a la Vida, a la Integridad Personal, Garantías Judiciales y Protección Judicial de la Convención Americana.

El 15 de noviembre de 2006 el Estado contestó la demanda indicando que no había violado el artículo 4 (Derecho a la Vida), ni los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), todos de la Convención Americana.

Derechos Demandados:

Artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales), y 25 (Protección Judicial), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 17 (Protección a la Familia), en relación con el artículo 1.1 (Obligación del Estado de Adoptar Disposiciones de Derecho) y el artículo 2 (Obligación de Estado de Respetar los derechos) de la Convención Americana.

Durante la audiencia pública, el Estado realizó un allanamiento parcial respecto a las violaciones a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Manifestó que reconocía su responsabilidad internacional “derivada de la falta de impulso del proceso de extradición del médico residente Fabián Espinoza, uno de los encausados en el proceso penal tramitado en la jurisdicción interna. Dicho allanamiento se limitó a reconocer “los hechos derivados del proceso de extradición, la negligencia y la omisión que ha cometido la Corte Suprema de Justicia y el Juez Quinto de lo Penal de Pichincha al no impulsar de oficio, como una obligación propia, la extradición del mencionado doctor”.

El Estado reiteró estas manifestaciones en sus alegatos finales escritos, indicando que dicho allanamiento no abarca el procedimiento civil de exhibición del expediente médico ni el proceso penal tramitado en la jurisdicción interna. Además, expresó que reconocía “la inobservancia de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención, al no incorporar un tipo penal más adecuado para sancionar a los médicos que incurrir en indebida práctica”. También manifestó la intención “de preparar y viabilizar la aprobación del proyecto de ley de indebida práctica médica y los proyectos de leyes reformativas de normas relacionadas”.

La Comisión Interamericana consideró que “el allanamiento parcial del Estado debe tener efectos plenos respecto de los hechos y violaciones aceptadas por el Ecuador y solicitó al Tribunal que así lo establezca”. En sus alegatos finales,

resaltó la voluntad estatal de allanarse y valoró positivamente el compromiso del Estado relativo a emprender “procesos de incorporación y reforma de los tipos penales y capacitar a los jueces” en cuanto a la aplicación de la Convención, así como las manifestaciones realizadas durante la audiencia pública, en las que el Estado se allanó a la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención en relación con la negligencia de las autoridades para adelantar la extradición del doctor Fabián Ernesto Espinoza Cuesta. Por último, la Comisión indicó que el Estado no controvertió los hechos del caso ni en el trámite ante la Comisión ni ante la Corte, y estimó que ha cesado la controversia respecto a las mencionadas violaciones reconocidas por el Estado.

En cuanto al artículo 2 de la Convención, la Comisión solicitó, entre otras cosas, que el Estado “adopte las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar el derecho a la protección judicial y el derecho a un juicio justo respecto al ejercicio de la acción penal en caso de homicidio preterintencional”, así como para evitar que vuelvan a ocurrir hechos similares a los del presente caso. *La Comisión enfatizó que para cumplir los deberes de prevención y garantía de los derechos reconocidos en la Convención, es preciso corregir la carencia de legislación nacional sobre mala práctica médica y eliminar obstáculos para la obtención de la verdad en estos tipos de casos.* Los representantes indicaron que el Estado debe adoptar las reformas constitucionales y legales necesarias para evitar la repetición de hechos de esta naturaleza, *y promulgar una Ley contra la mala práctica médica.*

Fundamentos de la Sentencia:

*Artículo 4 (Derecho a la Vida)*

Respecto al artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención. Los demandantes indicaron que el Estado desatendió el deber de garantía de ese derecho, porque no cumplió a cabalidad con el procedimiento investigativo para esclarecer la muerte de Laura Albán, trasladando esta tarea a sus padres;

incumplió su tarea de inspeccionar y evaluar de forma periódica los establecimientos de salud, públicos o privados, y faltó a su deber de supervisar los conocimientos y la capacidad del cuerpo médico. También alegaron que **el Estado no garantizó el derecho a la vida debido a la falta de legislación específica sobre mala praxis médica, a la falta de medios para proteger efectivamente ese derecho y a la deficiente aplicación de justicia.** Consideraron que el Estado es responsable por haber faltado a su deber de prevenir las eventuales violaciones a los derechos humanos que puedan presentarse.

El Estado señaló que los responsables de la muerte de Laura Albán fueron personas particulares pertenecientes a un hospital privado, que no comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Este criterio fue compartido por la Comisión Interamericana al declarar inadmisibles este artículo y excluir su violación en la fase de fondo. El derecho a la vida podría ser objeto de una acción civil de daños y perjuicios, vía no agotada por las presuntas víctimas para procurar la reparación pecuniaria del daño causado.

La Corte no encuentra elementos suficientes para atribuir al Estado responsabilidad internacional por la muerte de la Laura Albán, en los términos del artículo 4 de la Convención. La Corte examinará si el Estado ha cumplido con su obligación de garantizar el derecho a la vida, mediante una investigación seria para establecer los hechos del presente caso, los cuales se refieren a una denuncia que era constitutiva de un delito.

#### **Artículo 5 (Derecho a la integridad Personal)**

Respecto al artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención. Los representantes señalaron que *el Estado incumplió su deber de controlar que en las casas de salud se proporcione atención y tratamientos de buena calidad, para salvaguardar la integridad física, psicológica y moral del paciente, aún cuando los actos u omisiones hayan sido cometidos por particulares.* Agregaron que el tratamiento suministrado a Laura Albán fue contrario a su integridad física y psicológica, en cuanto ésta experimentó un sentimiento de impotencia ante la probabilidad de su muerte y sufrió al presenciar el intenso

sufrimiento de sus padres. En lo que se refiere a éstos, los representantes alegaron que al ser testigos del maltrato y despreocupación del personal médico que atendió a su hija, se convirtieron en presuntas víctimas de la violación del derecho a la integridad psicológica y moral. Además, indicaron que su madre Carmen Cornejo de Albán debió dejar el ejercicio de su profesión como psicóloga, y dedicarse por entero a la búsqueda de justicia, lo que le impidió desarrollar su proyecto de vida. Esto la afectó psicológica y emocionalmente; al no trabajar tuvo pérdidas irreparables en el campo económico. Por último, solicitaron que la Corte se pronuncie en el sentido de que toda forma de disminución o desconocimiento de la dignidad humana constituye una forma de trato cruel.

El Estado indicó que carece de sustento la presunta responsabilidad estatal ante la desatención y falta de tratamiento de buena calidad, exigibles a nivel interno a través de acciones de amparo constitucional, con la prueba que demuestre una desatención o falta de control por parte del Estado y que acredite el nexo causal entre esta presunta inacción estatal y la amenaza o perjuicio irrogado.

La Corte considera que la *falta de respuesta judicial para establecer la muerte de la Laura Albán afectó la integridad personal de sus padres*, Carmen Cornejo de Albán y Bismark Albán Sánchez, lo que hace responsable al Estado por la violación del derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la referidas personas.

### **Artículo 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial)**

La Comisión y los representantes centraron sus alegatos en que: a) los familiares de Laura Albán hicieron diversas solicitudes al Hospital Metropolitano para obtener su expediente médico, que sólo fue puesto a su disposición por ese hospital cuando recurrieron a la jurisdicción civil. Al recibir el expediente médico, el juez civil no puso en conocimiento de un juez penal la *notitia criminis* de la muerte de Laura Albán. Tampoco notificó a las víctimas la disposición del expediente médico, a pesar de que esos documentos eran fundamentales para

conocer la situación y circunstancias de la muerte de Laura Albán y “determinar la existencia de responsabilidades penales, civiles u otras”; b) los familiares de la señorita Albán Cornejo acudieron al Tribunal de Honor presentando una denuncia por negligencia en el cumplimiento de la práctica médica del doctor Ramiro Montenegro López y de “todas las personas, médicos, enfermeras y paramédicos” que participaron en el hecho, quienes debían ser identificados por el mencionado médico. Alegaron que dicho Tribunal de Honor mostró desinterés total en esclarecer los hechos y las respectivas responsabilidades, y que tardó más de un año en emitir su fallo, no obstante que el plazo dispuesto para ello en el artículo 24 de la Ley de Federación Médica Ecuatoriana era de sesenta días; c) el Estado no inició ninguna diligencia tendiente a investigar la muerte de Laura Albán a partir de que se intentó presentar la denuncia el 3 de agosto de 1995. Ante la negativa del entonces Ministro Fiscal General Fernando Casares de recibirla, los padres de la señorita Albán Cornejo esperaron más de un año para presentar nuevamente la denuncia ante el nuevo Ministro Fiscal General de la Nación, Guillermo Castro Dager; d) la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito (en adelante “Sexta Sala”), mediante auto emitido el 13 de diciembre de 1999 cambió la calificación del delito imputado al doctor Montenegro López, al considerar que el precepto aplicable era el artículo 459 y no el 456, como se había manifestado en la acusación. Como consecuencia del cambio de calificación del delito la Sexta Sala declaró prescrita la acción penal para ese imputado. Las víctimas impugnaron el auto de prescripción, mediante los recursos de revocatoria y casación, que fueron desechados, lo que impidió la sanción de los responsables; y e) la total ausencia de medidas por parte de las autoridades estatales, tendientes a localizar y aprehender al acusado, doctor Espinoza Cuesta, quien se encuentra prófugo, constituye un incumplimiento de las obligaciones que el Ecuador ha asumido en su carácter de Estado Parte de la Convención, relativas al deber de investigar. Esta conducta omisiva de las autoridades estatales produjo la impunidad de los hechos violatorios.

La Corte considera que las alegaciones de la Comisión y los representantes respecto al cambio de clasificación del delito y la falta de acceso a un recurso adecuado no proceden en el presente caso en virtud de que no se ha acreditado que la actuación del Estado fuese arbitraria o violatoria del debido proceso, ni que impidiese el acceso a la justicia de los familiares de Laura Albán. Así mismo, en consideración con los hechos descritos y el reconocimiento parcial de la responsabilidad del Estado, este Tribunal observó en el auto de la Sexta Sala de 13 de diciembre de 1999 se declaró abierta la etapa de plenario respecto del sindicado doctor Fabián Espinoza Cuesta. El Estado se hallaba obligado a realizar todas las diligencias necesarias y adecuadas para tratar de localizarlo y detenerlo, inclusive a través del procedimiento de extradición. Este Tribunal concluye que el Estado es responsable de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la convención, en perjuicio de Carmen Cornejo de Albán y de Bismark Albán Sánchez. Por otra parte, el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un proceso penal que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley.

## **Artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana**

*La Corte valora la adopción de medidas dirigidas a supervisar y fiscalizar la prestación del servicio de salud y avanzar en la garantía de los derechos a la vida, integridad personal y salud a las personas que se encuentran bajo tratamiento médico; en ese sentido la Corte toma nota de la decisión del Estado en el sentido de revisar la legislación penal acerca de la mala praxis médica e incorporar en ella las precisiones necesarias para adecuar el régimen de la materia en forma que favorezca la debida realización de la justicia en este ámbito.*



## RESOLUCIÓN:

1. Acepta el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación al artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 15 a 25 de la presente Sentencia
2. El Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Carmen Cornejo de Albán y de Bismarck Albán Sánchez, en los términos de los párrafos 44 a 50 de la presente Sentencia.
3. El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 4, 5.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Carmen Cornejo de Albán y de Bismarck Albán Sánchez, en los términos de los párrafos 79 a 109 de la presente Sentencia.

En su parte dispositiva la sentencia establece que:

4. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
5. El Estado debe publicar en los términos del párrafo 157 de la presente Sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma, por una sola vez, lo siguiente: la parte resolutive de este Fallo, así como los párrafos que se indican a continuación: 1, 2, 4, 5 y 6 del Capítulo I denominado “Introducción de la Causa y Objeto de la Controversia”; 17, 18, 21, 22 y 24 del Capítulo IV denominado “Reconocimiento Parcial de Responsabilidad Internacional”; 44 a 50 del apartado b), denominado “Artículo 5.1 (Derecho a la Integridad Personal)” de la Convención, del Capítulo VI; y 64 del capítulo VII; y

79 a 109 del apartado B, denominado “Diligencias practicadas ante la jurisdicción penal”, capítulo VII.

6. El Estado debe llevar a cabo, en un plazo razonable, una amplia difusión de los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y tomando en cuenta la legislación existente en el Ecuador y los estándares internacionales, en los términos de los párrafos 162 y 163 de la presente Sentencia.

7. El Estado debe realizar, en un plazo razonable, un programa para la formación y capacitación a los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa que el Ecuador ha implementado relativa a los derechos de los pacientes, y a la sanción por su incumplimiento, en los términos del párrafo 164 de la presente Sentencia.

8. El Estado debe pagar a Carmen Cornejo de Albán y a Bismarck Albán Sánchez la cantidad fijada en el párrafo 153, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, dentro de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 146 a 154 de la misma.

9. El Estado debe pagar a Carmen Cornejo de Albán la cantidad fijada en el párrafo 168 de la presente Sentencia, por concepto de costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, dentro de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 167 y 168 de la misma.

10. La Corte se reserva la facultad, inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar la ejecución íntegra de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

POCESO PENAL:

El Proceso Penal en nuestro país se llevó a cabo de la siguiente manera:

El 3 de agosto de 1995 Carmen Cornejo de Albán acudió ante el entonces Ministro Fiscal General de la Nación, Fernando Casares, para presentar una denuncia por la muerte de su hija, Laura Albán, ocurrida el 18 de diciembre de 1987. La denuncia no fue recibida por el referido funcionario.

El 1 de noviembre de 1996 la señora Cornejo de Albán solicitó a la Fiscalía General que asumiera la acusación por la muerte de Laura Albán e indicó que ya “habían pasado casi nueve años y le habían informado que estos casos prescriben en diez”, por lo que solicitó que el caso fuera tramitado con celeridad. Con posterioridad a dicha solicitud, el 25 de noviembre de 1996 la madre de la señorita Albán Cornejo presentó “una acusación formal en contra del Hospital Metropolitano de Quito y de los Médicos Ramiro Montenegro López y Espinoza, quienes causaron la muerte de su hija Laura Albán al administrarle una droga CONTRAINDICADA.

El 19 de diciembre de 1996 el Ministro Fiscal General puso en conocimiento de la Ministra Fiscal de Pichincha, Napo y Sucumbíos la denuncia presentada por la señora Cornejo de Albán. El 30 de diciembre de 1996 la Ministra Fiscal de Pichincha, Napo y Sucumbíos solicitó al Fiscal Noveno de lo Penal que procediera a presentar la excitativa fiscal correspondiente. El 10 de enero de 1997 el Juez Quinto de lo Penal de Pichincha dio inicio a la investigación criminal y dictó auto cabeza de proceso con el “fin de establecer y poder determinar a los autores, cómplices y encubridores del delito que se pesquisa”, refiriéndose a la muerte de la señorita Albán Cornejo. El 23 de enero de 1997 los padres de Laura Albán presentaron una acusación particular contra el doctor “Ramiro Montenegro López; e igualmente contra todas las personas, médicos, enfermeras y paramédicos, cuyos nombres, apellidos y domicilios por el momento desconocían y que deberían ser determinados por el acusado”, dentro del proceso penal seguido en contra del doctor Montenegro López y otros ante el Juez Quinto. El 15 de mayo de 1997 el Juzgado Quinto de lo Penal solicitó al Hospital Metropolitano el expediente médico de Laura Albán, los nombres del personal que la atendió y “la carpeta que contuviera los datos

personales del Dr. N. Espinoza”. El 26 de mayo de 1997, en respuesta a dicha solicitud, el Hospital Metropolitano remitió al Juzgado Quinto de lo Penal copia certificada del expediente médico e indicó que los nombres del personal médico que atendió a la Laura Albán constaban en la historia clínica y que el único doctor de apellido Espinoza que tenían en sus registros era el doctor “Fabián Espinoza”

El 16 de febrero de 1998, con el fin de que se investigara la participación del doctor Fabián Espinoza Cuesta en la muerte de Laura Albán, el Fiscal Quinto de lo Penal de Pichincha (en adelante “el Fiscal”) solicitó que se abriera el sumario respecto al mencionado médico por estimar que “quien receta la morfina a la paciente Laura Albán es el Dr. Fabián Espinoza” por lo que argumentó que “existían fundamentos procesales y legales” para presumir su participación. El 3 de marzo de 1998 el Juez Quinto, una vez obtenido el nombre completo del doctor Fabián Espinoza Cuesta, “extendió” el sumario en su contra. El 20 de julio de 1998 el Fiscal presentó dictamen acusatorio contra los médicos “Ramiro Montenegro López y Fabián Ernesto Espinoza Cuesta, acusándolos de ser autores del delito tipificado y reprimido por el artículo 456 del Código Penal. El 21 de julio de 1998 el Juez Quinto notificó a las partes dicho dictamen. El 27 de julio de 1998 el doctor Ramiro Montenegro López solicitó al Juzgado Quinto de lo Penal que dictara sobreseimiento definitivo, por considerar que el delito que se le imputaba era el establecido en el artículo 459 del Código Penal, que ya había prescrito y no podía accionarse en su contra. En consideración del escrito del doctor Montenegro López, el 14 de agosto de 1998 Carmen Cornejo de Albán y Bismarck Albán Sánchez solicitaron al Juez Quinto que se acusara al doctor Montenegro López del delito establecido en el artículo 456 del Código Penal.

El 14 de diciembre de 1998 el Juez Quinto dictó auto de sobreseimiento provisional del proceso a favor de los doctores Montenegro López y Espinoza Cuesta. Como fundamento de dicha decisión indicó que “no existía prueba evidente de que el deceso de Laura Albán fuera consecuencia de habersele inyectado morfina”, y agregó que “no aparece clara la culpabilidad del doctor

Montenegro López sindicado o cuando menos existen dudas sobre el particular”. Finalmente, el Juez Quinto dispuso consultar a la Corte Superior de Justicia de Quito y remitir para tal efecto el proceso a dicho despacho. El 16 de diciembre de 1998 el doctor Ramiro Montenegro López y los padres de Laura Albán apelaron el auto de sobreseimiento provisional dictado. El doctor Montenegro López pretendía que se dictara auto de sobreseimiento definitivo a su favor, no sobreseimiento provisional. Los padres de la señorita Albán Cornejo pretendían revertir el fallo en su totalidad para que se declarara la apertura del plenario. El 23 de diciembre de 1998 el Juez Quinto resolvió dar trámite al recurso de apelación y ordenó elevar los autos al tribunal superior. El 15 de junio de 1999 el Ministro Fiscal de Pichincha acusó ante la Sala Sexta a los doctores Montenegro López y Espinoza Cuesta “de ser los autores del delito tipificado y reprimido en los artículos 456 y 457 del Código Penal.

El 13 de diciembre de 1999 la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, mediante la emisión de un auto en dicho proceso resolvió, *inter alia*, que: En diciembre de 1999 los padres de Laura Albán solicitaron a la Sexta Sala que se revocara el auto de 13 de diciembre de 1999 en la parte que se declaraba la prescripción de la acción penal respecto del doctor Ramiro Montenegro López, y en su lugar se dictara un auto de llamamiento a juicio. El 16 de febrero de 2000 la Sexta Sala rechazó el anterior recurso indicando que el juez que dictó la sentencia no puede revocarla ni alterar su sentido. El 17 de marzo de 2000 la Sexta Sala negó un recurso de apelación presentado por el defensor del doctor Espinoza Cuesta, indicando que la resolución que recurría ya había causado ejecutoria, por lo que declaró que ese recurso había sido indebidamente interpuesto. El 24 de abril de 2000 la Sexta Sala resolvió la improcedencia del recurso de casación del auto de prescripción de 13 de diciembre de 1999, interpuesto por el señor Albán Sánchez y la señora Cornejo de Albán, dado que sólo existe recurso de casación de la sentencia, y que el recurso interpuesto tenía por objeto impugnar un auto de prescripción. El 8 de junio de 2000 la Sexta Sala, en relación con un recurso de hecho interpuesto por el doctor Fabián Espinoza Cuesta, en el que alegó que le han desechado los recursos intentados, resolvió negarlo por ser improcedente

El 17 de agosto de 2000 el Juez Quinto libró oficio al Registrador de la Propiedad para que procediera a inscribir el embargo de los bienes propiedad del doctor Espinoza Cuesta. En esa misma fecha, el Juez Quinto emitió oficio al Jefe de la Policía Judicial de Pichincha para que procediera a la localización y captura del doctor Fabián Espinoza Cuesta. El 4 de enero de 2001 el Juzgado Quinto de lo Penal solicitó información al Director Nacional de Migración sobre el movimiento migratorio del referido doctor. El 10 de noviembre de 2006 los padres de Laura Albán informaron al Juzgado Quinto de lo Penal que estaban enterados de que el doctor Espinoza Cuesta se encontraba fuera del Ecuador, información derivada de una búsqueda en Internet. El 20 de noviembre de 2006 el Juzgado Quinto de lo Penal elevó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia los antecedentes del proceso penal seguido contra el doctor Espinoza Cuesta para que se iniciara el proceso de extradición. El 30 de enero de 2007 la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia se avocó al conocimiento de la solicitud de extradición del doctor Fabián Espinoza Cuesta. Señaló que para proceder al trámite se debía aportar constancia de que la acción no se encontrara prescrita. En razón de ello, solicitó al Juez Quinto que se pronunciara sobre este punto. El 31 de enero de 2007 el Juez Quinto se refirió en un oficio a lo solicitado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y manifestó lo siguiente en cuanto a la situación jurídica del doctor Fabián Espinoza Cuesta: a) el auto cabeza del proceso se dictó el 10 de enero de 1997; al 10 de enero de 2007 habían transcurrido diez años desde aquella fecha; y el 13 de diciembre de 1999 la Sexta Sala declaró abierto el plenario contra dicho médico como presunto autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 456 del Código Penal; b) esa infracción penal se reprime con reclusión de tres a seis años. El artículo 101 del Código Penal dispone que en los delitos sancionados con reclusión el ejercicio de la acción penal es pública. Si no hay enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribe en diez años. En el caso de haber enjuiciamiento, la acción para continuar la causa prescribirá en diez años, contados desde la fecha del auto cabeza del proceso; y c) han transcurrido diez años desde la fecha en que se dictó el auto cabeza del proceso (período comprendido entre el 10 de enero de 1997 y el 10 de

enero de 2007). En vista de que el delito que se atribuyó al doctor Fabián Espinoza Cuesta se sanciona con reclusión, se llega a la conclusión de que “ha transcurrido el tiempo necesario, esto es diez años, para que opere la prescripción de la acción penal incoada contra el referido ciudadano. Consecuentemente, en la especie, la acción penal se encuentra prescrita”.

#### ANÁLISIS:

En este caso se trató de establecer la responsabilidad del Estado por haber violentado derechos humanos contemplados en la Convención, sin embargo solo se condenó al Ecuador en aquellas partes en las que éste desde un principio se allanó, es decir en lo referente a los artículos 8 y 25 de la convención, sin embargo además se estableció también su responsabilidad en cuanto a la violación de la integridad personal de los padres de la víctima, no así la responsabilidad internacional del Estado por la muerte de la paciente.

Más allá de las reclamaciones acerca de los derechos humanos violentados por el Ecuador, lo más destacable del proceso citado, para el presente trabajo de investigación, es la importancia que se da en todo el trámite (ante la CIDH) a la falta de una ley penal que regule la mala práctica médica en el país, así como la falta de impulso del proceso penal por parte del Estado en este caso, lo que derivó en la prescripción de los delitos que se les imputaba a los presuntos responsables de la muerte de Laura Albán Cornejo.

El Estado se allanó parcialmente a la demanda ante la CIDH, sin embargo no lo hizo en lo relativo al procedimiento civil de exhibición del expediente médico ni el proceso penal tramitado en la jurisdicción interna. No obstante, hace una declaración muy importante en lo que concierne a la mala práctica médica; reconoce “la inobservancia de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención, al no incorporar un tipo penal más adecuado para sancionar a los médicos que incurrir en indebida práctica”. También manifestó la intención “de preparar y viabilizar la aprobación

del proyecto de ley de indebida práctica médica y los proyectos de leyes reformativas de normas relacionadas”.

En la sentencia de la Corte se condenó al Estado a pagar una indemnización a los Padres de la víctima, por haberse reconocido la violación de algunos artículos de la Convención.

Como resultado de todo este proceso se deja al desnudo las graves falencias de nuestro sistema de justicia y la carencia de una legislación apropiada para la resolución de conflictos relacionados con estas áreas

.En el proceso penal (interno) se acusó a los médicos de homicidio preterintencional por administración de sustancias (Art. 456), sin embargo este tipo no era el más adecuado para este caso. Uno de los imputados, el Dr. Montenegro fue sobreseído provisionalmente por no haberse logrado determinar que la administración de la sustancia antes descrita haya sido la que produjo el deceso de la paciente; por otro lado, se determinó que la acción penal en contra del Dr. Espinoza prescribió, al haber transcurrido 10 años desde que se dictó el auto cabeza de proceso, por lo que ninguno de los implicados tuvo sanción alguna.

Dentro del proceso penal llevado a cabo hubo discrepancias en el sentido de establecer cuál era el tipo penal que más se adecuaba a los hechos, por una parte se establecía el artículo 456 del Código Penal:

“Homicidio Preterintencional por Suministro de Sustancias: Si las sustancias administradas voluntariamente, que pueden alterar la salud, han sido dadas sin intención de causar muerte pero la han producido, se reprimirá al culpado con reclusión menor de tres a seis años (Código Penal del Ecuador, Art 456, 2009)

Y por otra el artículo 459:

“Homicidio Inintencional: Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de precisión o de precaución, pero sin



intención de atentar contra otro. (Código Penal del Ecuador, Art. 459, 2009)

La acusación sostenía que el tipo más idóneo para este caso es el que correspondía al de un Homicidio Preterintencional por Suministro de Sustancias, y fue bajo esta norma que el fiscal emitió su dictamen acusatorio en contra de los médicos Montenegro y Espinoza, sin embargo la defensa en el caso sostenía que se trataba de un homicidio involuntario, el mismo que es castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años y que el mismo se encontraba prescrito. El juez que conoció el caso sobreseyó provisionalmente, a los imputados por no haber prueba de que la causa de la muerte de la paciente se debió a la inyección de morfina suministrada.

En este caso, más allá de que no se pudo establecer el nexo causal bajo la norma que se siguió el proceso, se presenta un problema, al no poder establecer claramente cuál es el tipo que se adecua a los hechos ocurridos, y por la falta de una legislación adecuada se tiene que tratar de encasillar los hechos a uno de los tipos existentes. Si no existiera esta deficiencia en nuestra legislación penal no habría este tipo de conflictos en el ámbito de la actividad médica, y se sabría precisamente cual ley es la aplicable. El proceso continuó en instancias superiores y culminó con la determinación de que la acción penal incoada había prescrito.

## **CAPÍTULO IV.**

### **PROYECTO PARA TIPIFICAR LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR**

#### **IV.1 Naturaleza Jurídica de la Relación Médico - Paciente.**

La relación que tiene el médico con el paciente ha ido evolucionando a través de los tiempos, antes el médico tenía una posición de superioridad, una posición paternalista frente al paciente, difícilmente se le podía imputar el cometimiento de un error o falta en su proceder; sin embargo esta concepción empieza a cambiar luego de la segunda guerra mundial y a partir de la declaración de los derechos humanos; con la consolidación y reconocimiento de estos derechos por parte de las legislaciones de los Estados, llegamos a la actualidad, donde se ha logrado equipar la relación, debido al reconocimiento de los derechos que tiene el paciente y el médico dentro del vínculo que se crea entre los dos.

La relación que existe entre un médico y su paciente, siempre ha estado acompañada de cierta discusión y polémica, al tratar de establecer cuál es la naturaleza jurídica que rodea a dicha relación, existen algunas corrientes, entre las cuales podemos destacar dos: la contractualista y la anticontractualista o acontractualista. La primera considera a la relación médico - paciente como un acuerdo de voluntades; la segunda teoría sostiene que no se le puede atribuir una naturaleza contractual a la relación médico – paciente, al tratarse la medicina de una profesión liberal, y que el compromiso derivado de esta actividad no constituye ningún vínculo obligacional.

Sin embargo actualmente, la teoría anticontractualista se ha quedado sin fundamento y la mayoría de tratadistas han llegado a la conclusión de que la naturaleza jurídica de la relación médico – paciente tiene efectivamente un carácter contractual, es decir, un acuerdo de voluntades en el que una parte (médico) ofrece el llevar a cabo ciertas prestaciones en beneficio de la otra

parte (paciente) a cambio de una contraprestación. Entonces, siguiendo esta postura se puede decir que, un contrato de atención médica es aquel acuerdo de voluntades por el cual un profesional de la medicina se compromete a brindar sus servicios médicos o su asistencia al cliente, y éste a su vez se compromete a remunerarlos. Sin embargo, dentro de esta relación hay que tener presente que pueden concurrir las siguientes circunstancias:

- Que exista una relación directa entre médico y paciente, entonces, la prestación de servicios se dará según el acuerdo al que hayan llegado las partes (médico y paciente) y dentro de los parámetros que se hayan establecido en el contrato o acuerdo.
- Que el médico contrate sus servicios con una institución (hospital clínica, etc.) y el vínculo contractual se produzca entre el paciente y la persona jurídica cualquiera que esta sea, habiendo una suerte de intermediación entre la relación médico – paciente.

Así, la relación contractual no siempre se establece directamente entre médico y paciente, sino que pueden mediar otros sujetos para configurar el contrato de prestación de servicios médicos, como puede ser una persona jurídica.

Las principales características de un contrato de asistencia médica son: es un contrato bilateral, intuito personae, oneroso, civil, conmutativo, aleatorio, principal.

Para que el mencionado contrato tenga validez deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos por nuestra legislación (civil) en materia de obligaciones; es decir deberá existir consentimiento, objeto lícito y causa lícita (Art.1461).

El consentimiento, debe ser otorgado por la persona que va a recibir la asistencia médica o por aquella persona que esté facultada para hacerlo; deberán dar su consentimiento terceras personas, en el caso de que el paciente sea menor de edad, tenga alguna incapacidad mental que le prive de manifestar su voluntad, o en el caso de que se encuentre en estado de inconsciencia.

En el caso de la asistencia médica, el paciente deberá dar su *consentimiento ilustrado o informado*, es decir, que el paciente deberá conocer el diagnóstico, pronósticos, tratamientos, efectos adversos, resultados, etc.; el médico deberá suministrar dicha información al paciente en términos comprensibles para él, así el paciente podrá decidir libremente si someterse o no a determinada atención médica.

En este sentido, se pueden dar situaciones en las cuales debido a las circunstancias no se pueda cumplir con alguno de los requisitos de validez de un contrato antes citados, y constituyen excepciones a la relación contractual entre médico y paciente. Por lo cual de cierta forma se desvirtuaría el carácter contractual de dicha relación. Por ejemplo, un médico es testigo de un accidente de tránsito del cual resulta una persona herida, la que se encuentra en estado de inconsciencia; el deber y obligación del médico es prestar la atención debida a la persona que la necesite; sin embargo en este caso la víctima no puede expresar su consentimiento por lo cual no se configura contrato o acuerdo alguno; esta actividad del médico responde a su ética y deber profesional, inclusive si no lo hiciera pudiera ser castigado penalmente.

“Cuando el facultativo en guarda de preservar responsablemente la vida de una persona – fiel a la *lex artis* – lo interviene en estado de absoluta inconsciencia [...] impide la afloración del consentimiento negocial, detonante de cualquier contrato incluido el médico... (Jaramillo, 2006, pág. 45)

El término *lex artis* al que se refiere el autor antes citado, corresponde a la expresión latina que significa “ley de arte”, o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata.

Sin embargo, y pese a existir un aparente consenso entre la mayoría de tratadistas al sostener que la prestación de servicios médicos en términos generales es un contrato; se presentan algunas discrepancias debido a circunstancias especiales y peculiares que aparecen en determinados casos, que hacen que no se encajen al presupuesto contractual general antes

mencionado. Debido a estas divergencias han aparecido algunas teorías que tratan de adecuar a la atención médica dentro de figuras tales como: mandato, arrendamiento de servicios, prestación de servicios profesionales; arrendamiento de obra; contrato de trabajo; contrato innominado; contrato sui generis; contrato mixto; contrato variable. A continuación un análisis de los contratos que más se ajustan a la relación médico – paciente.

Mandato: (“...una persona confía la gestión de una o más negocios a otra, la que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”<sup>20</sup>): Tiene su fundamento en el Derecho Romano, en el cual la medicina, entre otras, era considerada como una profesión liberal, que gozaba de gran reconocimiento y admiración social; se realizaba bajo esta figura. Sin embargo, en la actualidad esta corriente ha resultado ser una de las más controvertidas.

Se considera que el mandato no se ajustaría a esta relación ya que el objeto del mismo es la realización de negocios jurídicos más no actos materiales.

Asimismo, en el mandato, el mandante da instrucciones precisas que deben ser llevadas a cabo por el mandatario; en el caso de la relación médico paciente, el paciente no da ninguna instrucción ni orden al médico, sino que solicita de este un servicio, el mismo que el médico realizará acorde a sus conocimientos técnicos y científicos.

Otro punto a resaltar es el de la representación; el médico no actúa en representación del paciente, como ocurre en el caso del mandante y el mandatario, respectivamente, sino que el médico actúa por cuenta y riesgo propio.

Por las circunstancias antes descritas, resulta difícil concebir que la relación que se deriva de una atención médica se lleve a cabo bajo los lineamientos del mandato.

Arrendamiento de Servicios: Es una postura ampliamente aceptada por la doctrina, ya que se entiende a la relación médico – paciente como aquella en la

---

<sup>20</sup> Código Civil del Ecuador, Art. 2020

cual el médico ofrece a otra persona la prestación de sus servicios, y esta última se compromete a retribuir los mismos. En nuestra ley este contrato se encuentra estipulado en el artículo 1941 del Código Civil, y hace referencia al arrendamiento de servicios inmateriales; sin embargo resulta importante tener en consideración que el médico al comprometer la prestación de sus servicios no está garantizando un resultado, sino prestar los cuidados y cumplir con los procedimientos establecidos por su profesión.

**Prestación de Servicios Profesionales:** En nuestra legislación se regula esta figura en el artículo 2022 del Código Civil:

Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que esté unida la facultad de representar y a obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.”(Código Civil del Ecuador, Art. 2022, 2009)

Sin embargo, en este artículo se estipula que la prestación de servicios profesionales se sujeta a las reglas de un mandato, sin embargo este contrato fue anteriormente analizado y se coligió que por la naturaleza de la relación médico – paciente, no era la figura que más adecuada.

**Contrato de Obra:** Otro sector apoya esta postura y manifiesta que la relación del médico y su paciente es un arrendamiento de obra, lo que implica la obtención de determinado resultado, los autores que apoyan esta postura dicen que si bien la medicina es una actividad de medios y no de resultados, en ciertos casos dentro de un proceso médico no se excluye la obtención de un resultado, por ejemplo en procedimientos quirúrgicos o estéticos.

Pero como se mencionó anteriormente solamente se habla de un contrato de obra, en casos excepcionales y no en un sentido general y absoluto; cuando el médico asuma la obligación de un resultado se podría hablar de este tipo de contrato, caso contrario no.

También se ha propuesto que la naturaleza de la relación podría corresponder a un contrato innominado, un contrato atípico, un contrato mixto, etc. Pero al

parecer se ha logrado un consenso, al menos parcial, con la idea de que la figura que corresponde y encaja de mejor forma en la relación es la de un contrato variable o multiforme.

Contrato Variable: Esta tesis tiene su sustento en que la actividad médica al ser tan variable, puede configurar varios contratos dependiendo de las circunstancias (contrato de obra, prestación de servicios, etc.), por lo que se ha optado por designar a esta actividad como un contrato polimorfo, variable o multiforme. Todo dependerá entonces de las circunstancias y condiciones que se acuerden entre médico y paciente.

La Constitución de la República reconoce y tutela derechos que se relacionan con la Mala Práctica Médica, entre ellos está el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, moral, psíquica y sexual (Art. 66), estos como derechos personalísimos, y además está el derecho a la salud (Art. 32), como un derecho colectivo.

La expresión Mala Práctica Médica, acoge en general todas las formas de culpa en la que pudiere incurrir un profesional de la salud, se configura una Mala Práctica Médica cuando éste dentro de su proceder se ha apartado de las normas objetivas existentes en su actividad, ya sea por negligencia, descuido, impericia, inobservancia de leyes o reglamentos.

#### **IV.2 Responsabilidad Derivada de la Mala Práctica Médica.**

Producto de una Mala Práctica Médica se pueden originar responsabilidades en un ámbito civil, penal y administrativo.

Como se estableció anteriormente la relación médico – paciente se configura dentro de la esfera civil, es una relación contractual (salvo casos excepcionales), si se configura una mala práctica médica, habrá eventualmente

una responsabilidad civil por parte del profesional de la salud, la misma puede ser contractual o extracontractual

#### **IV.2.1 Responsabilidad Civil.**

**Responsabilidad Civil Contractual:** Se remite al incumplimiento de una obligación contraída producto de un contrato. Para determinar la existencia de responsabilidad hay que establecer si el daño proviene del contrato, o más bien dicho, de la obligación que forma parte del mismo, producto de lo convenido por las partes, mandato de la ley o costumbre. Como producto del establecimiento de una responsabilidad contractual, se indemnizan los daños inmediatos o presentes.

**Responsabilidad Civil Extracontractual:** Aquella que tiene su origen en una actividad ajena a la relación contractual; no existe un vínculo directo entre el que causa el daño y la víctima, su fuente es la ley. En el caso de la responsabilidad extracontractual se indemnizan los daños inmediatos o presentes y además los daños futuros o mediatos. En nuestro Código Civil establece al respecto, Art. 2214:

El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otra, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Código Civil del Ecuador, Art. 2214, 2009)

#### **IV.2.2 Responsabilidad Administrativa.**

Como resultado de una mala práctica médica, o de la sospecha de la existencia de una, se cumple una fase administrativa según lo establecido por la Ley. El procedimiento inicia en la institución (en caso de que exista) para la cual trabaja el médico, presunto responsable de la Mala Práctica. El proceso se realiza según el reglamento interno de cada institución, generalmente se conforma una comisión de médicos que se encarga de evaluar los hechos y determinar si ha existido o no Mala Práctica Médica. El procedimiento puede



seguir, según reza el Art. 22 de la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana:

El Tribunal de Honor es el organismo provincial encargado de conocer y juzgar la conducta del médico, afiliado o no, en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar, de conformidad con las Leyes. (Ley de la Federación Médica Ecuatoriana, Art. 22, 2009)

Asimismo el artículo 24 establece los casos que conocerá el Tribunal de Honor:

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

a) Actuaciones públicas que menoscaben el prestigio de la clase médica, de sus organismos o de sus miembros;

b) Quebrantamiento del Código de Ética profesional;

**c) Negligencia en el cumplimiento de la práctica profesional;**

d) Divergencia entre médicos, en relación con sus deberes profesionales, y

e) Actuaciones que demuestren parcialización en los Tribunales de concursos o en las apelaciones.” (Ley de la Federación Médica Ecuatoriana, Art. 24, 2009)

El procedimiento que se sigue en este proceso está establecido en el Reglamento a la Ley de la Federación Médica, artículos 20 y siguientes.

Sin embargo, cabe recalcar, que el Tribunal de Honor no actúa de oficio, sino solo con base en una acusación presentada ante el respectivo Colegio de Médicos. (Art. 28)

De igual forma las sanciones que se le pueden imponer al profesional que haya sido declarado culpable se encuentran establecidas en el artículo 25 de la Ley de la Federación de Médicos:

El Tribunal de Honor podrá imponer las siguientes sanciones sin perjuicio de las responsabilidades de otra índole:

- a) Amonestación verbal;
- b) Censura escrita;
- c) Suspensión temporal en el goce de los derechos de afiliados, y
- d) Expulsión del Colegio, lo cual conlleva la separación en el cargo que estuviere desempeñando el médico. (Ley de la Federación Médica Ecuatoriana, Art. 25, 2009)

La resolución del Tribunal de Honor puede ser apelada ante la Comisión Ejecutiva y la resolución que emita ésta ante la Asamblea Nacional.

### **IV.2.3 Responsabilidad Penal**

Cuando nos referimos a la Mala Práctica Médica, se ven involucrados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física de las personas, mismos que se encuentran protegidos por la Ley y cuya amenaza o vulneración se hallan penadas por nuestro Código Penal.

En nuestra Legislación Penal vigente, no existe un tipo que recoja el presupuesto de una Mala Práctica Médica, por lo que, los casos que tienen

esta característica se han tenido que adecuar a otros tipos que si están contemplados por nuestra legislación, como son aquellos que se encuentran en el Capítulo I, de los Delitos Contra la Vida, tales como el homicidio inintencional en el artículo 459, o el artículo 472 referente a las lesiones inintencionales.

En relación con la Mala Práctica Médica, nos remitimos al ámbito de los delitos denominados culposos, los mismo que se diferencian de los dolosos en que se han llevado a cabo, sin la intención de causar daño: Art. 14 Código Penal:

...La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley reglamentos u órdenes. (Código Penal del Ecuador, Art. 14, 2009)

Esta definición de delito culposo establece varias causas que pueden dar origen al mismo y es necesario precisar a que hace referencia cada una de ellas:

**Negligencia:** “Descuido, falta de cuidado. Falta de aplicación.”<sup>21</sup> La negligencia se refiere a la no realización de los actos a que se está obligado o a su realización desatenta.

**Imprudencia:**

El que comete imprudencia delinque por ser culpable de que, aun conociendo y representándose los posibles daños derivables de su conducta ilícita, desatiende los riesgos de la misma y la ejecuta voluntariamente. No quiere el evento dañoso por lo que no interviene el dolo, pero sí conducta peligrosa. (La Enciclopedia, 2004, pág. 7974)

La imprudencia es la falta de discernimiento, buen juicio, cautela o precaución en el proceder.

---

<sup>21</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua, XXII edición, 2001.

Impericia: Se refiere a la falta de sabiduría, práctica, experiencia o habilidad. Este término se encuentra asociado al ejercicio de una profesión, arte o ciencia, que requieren cierto conocimiento, e imponen el cumplimiento de reglas. De esta manera, perito es aquel que cumple las reglas dispuestas e imperito es aquel que no lo hace.

Estos son las formas generales que configuran la culpa según establece nuestro Código Penal.

Para que se configure la culpa tienen que concurrir algunos elementos tales como:

Voluntariedad de la Acción: Este es un elemento común a todos los delitos, ya sean culposos o dolosos, y es el punto de partida para determinar la relevancia penal de determinada acción u omisión.

Involuntariedad del Hecho: Es decir, que el hecho que produjo el daño haya sido ajeno a la voluntad de la persona que lo llevó a cabo, es la condición que separa la culpa del dolo.

Relación entre el hecho no querido y el comportamiento del sujeto: El hecho aunque este fuera no querido, debe ser resultado directo del comportamiento voluntario del sujeto, sea por su acción u omisión.

Que el hecho se verifique por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamentos u órdenes; es decir, cuando la actuación o comportamiento de la persona transgreda las leyes o normas de conducta establecidas, normas expresas legales, reglamentarias o emanadas de los particulares.

La Mala Práctica Médica constituiría así un delito culposo, es decir aquel que se produjo sin la intención del médico de causar el daño. Se verificaría así, una responsabilidad en el ámbito penal, solamente cuando se afecten los bienes jurídicos antes mencionados tales como son la vida, o la integridad de las personas, todo lo que no se refiera a estas circunstancias queda por fuera de

una responsabilidad penal y corresponderá analizarse en otras áreas del derecho.

En los últimos años en nuestro país ha habido un incremento sustancial de casos relacionados con supuestas malas prácticas médicas, los que han sido difundidos principalmente por los medios de comunicación; por tal razón, se presenta un verdadero problema, ya que al no existir un tipo penal que recoja esta figura, no se han establecido los presupuestos que determinan la existencia o no de una mala praxis, y estos hechos se tramitan y juzgan a través de otros tipos penales existentes en nuestra ley. Durante muchos años se ha discutido la necesidad de crear una ley en este sentido, sin embargo, aparentemente no se ha presentado en nuestro país un Proyecto de Mala Práctica Médica completo o convincente. Ejemplo de ello es el “Proyecto de Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala Práctica Médica” (Anexo 1.), presentado en la Asamblea Nacional, el 13 de enero de 2010 por la Asambleísta Gabriela Pazmiño. Si atendemos al artículo 9 de la Ley Orgánica de Salud, según el cual es responsabilidad del Estado garantizar a cada ciudadano una atención médica “de calidad y efectiva” y siendo la medicina científica la única que reúne estas condiciones, este proyecto de ley resulta contrario a estas disposiciones, pues faculta a cualquier ciudadano, médico o no, a ejercer cualquier tipo de medicina. Y en caso de producirse mala práctica médica, dispone que el presunto terapeuta demuestre sus conocimientos “científicos” y preparación adecuada en el campo médico. Lo cual nos conduce a una paradoja de pedirle que demuestre que es, en último término, médico.

El Estado no puede trabajar, como pretende este proyecto, desde una base *ex post facto*, pues en poco tiempo reinaría la anarquía y sería imposible la Institución de la Salud en el país. Por eso es que el Estado opta por preparar al médico durante largos años y capacitarlo adecuadamente para su trabajo futuro.

Igualmente se desconoce el modo de funcionamiento de las instituciones y servicios de salud, cuando pretende responsabilizar al médico por la desinfección de quirófanos e instrumental quirúrgico. Esas son labores de

mantenimiento a cargo de personal especializado y depende de los estamentos administrativos.

Este proyecto tiene otras falencias, pero basta con las señaladas para entender su inviabilidad.

La importancia de una Ley de Mala Práctica Médica radica en el establecimiento de parámetros claros y precisos que determinen cuando se configura y cuando no, lo cual sería posible mediante la promulgación de una Ley Penal que recoja estos presupuestos.

Otra iniciativa que pretende la regulación de la Mala Práctica Médica en nuestro país, se encuentra contemplada en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantías Penales, que en su artículo 126 establece:

Será sancionado con pena restrictiva de libertad de hasta seis (6) meses, la persona profesional de la salud que, de forma culposa, provocare daños en la salud de las personas

La pena será de hasta dos (2) años de restricción de libertad si se produce la muerte del paciente

Si el profesional no observare los protocolos médicos, la pena será de hasta 90 días de restricción de libertad o del patrimonio.

Será sancionada con pena de hasta noventa (90) días de restricción de libertad el profesional de la salud que prescriba o suministre estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis notoriamente mayores a las necesarias. (Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantías Penales, Art. 126, 2009)

Este artículo si bien hace un importante avance y aproximación a lo que es la Mala Práctica Médica, resulta un poco confuso y reiterativo al hacer una diferenciación entre la Mala Práctica Médica y la inobservancia de protocolos médicos, que son en realidad la misma cosa. Tampoco está bien ubicado en el tema de Mala Práctica Médica el párrafo final de este artículo que se refiere al

suministro de estupefacientes, ya que la definición de estupefaciente cae con mucha frecuencia fuera del campo de la medicina.

La labor que tiene a su cargo el Legislador no es sencilla, ya que la elaboración de una ley en este sentido, supone la confluencia de elementos y de situaciones que son muchas veces ajenas a su actividad o conocimiento, de ahí también que los médicos sientan una gran inquietud y resistencia a ser juzgados por personas que ellos consideran como desconocedoras, no de los hechos ocurridos, sino de los fundamentos técnicos para poder entender los mismos.

Por tal motivo, resulta imprescindible, antes de la elaboración de un tipo penal en este sentido, tomar en cuenta ciertos temas y aspectos básicos acerca de la Mala Práctica Médica y de la relación médico – paciente.

#### **IV.3 Parámetros Médicos para Determinar una Mala Práctica.**

La “mala práctica” o “*mala praxis*” podría definirse, en el campo penal, como una aplicación poco solvente, errada, negligente o inadecuada de conocimientos y/o procedimientos de un profesional médico sobre un paciente, con la cual se le produce a este último, daños o perjuicios evidentes y demostrables en su salud e integridad personal.

##### *¿Quién puede incurrir en Mala Práctica Médica?*

Debido a que la actual Constitución del Ecuador permite –y alienta– la práctica de las medicinas no convencionales: medicinas alternativas, shamanismo, curanderismo y similares, en los cuales se ofrecen métodos diagnósticos y terapéuticos tradicionales o ancestrales de los diversos pueblos y culturas, es necesario delimitar en forma puntual el campo de acción de la ley para los casos de mala práctica médica, evitando con ello abarcar modalidades que deben necesariamente ser objeto de una legislación diferente, toda vez que, como la experiencia lo ha demostrado, aquellas personas que “ejercen” las

medicinas alternativas, también hacen uso indiscriminado de los recursos y métodos propios y privativos de la medicina convencional.

Los casos de mala práctica médica serán aplicados al profesional médico legalmente reconocido y autorizado por el Estado Ecuatoriano para ejercer la medicina en su jurisdicción; esta definición comprende: médicos, clínicos o internistas, cirujanos, psiquiatras, fisiatras (médicos homeópatas o naturistas), etc. También se incluyen odontólogos, los cuales, si bien no tienen propiamente título de médico, por la naturaleza de su trabajo en esta rama de la medicina, deben asumir similares responsabilidades.

Profesionales de la salud como: paramédicos, enfermeros, obstetras, nutricionistas, quiroprácticos, laboratoristas y otros niveles intermedios, no están incluidos en esta tipificación porque su acción está, o debería estar, siempre subordinada a la de un médico, y de un modo general tienen su propia legislación y normativas.

La condición es, pues, el aval del Estado mediante el otorgamiento del título de médico – u odontólogo – que permita al profesional ejercer acción directa sobre un paciente – o cliente –.

#### *¿Cuándo se produce la Mala Práctica Médica?*

En el campo penal, de acuerdo con la definición dada, la mala práctica médica debe evidenciarse objetivamente en un daño o perjuicio producido al paciente por una relación de causa a efecto con el procedimiento diagnóstico o terapéutico utilizado por el profesional de la medicina. Es decir, solamente cuando el paciente presente evidencias objetivas de daño en su integridad física o salud, se considerará el tipo penal de mala praxis.

Sin duda, la muerte del paciente es el daño más importante y evidente. Siguen luego afectaciones mayores o menores en el organismo, tales como infecciones, mutilaciones, parálisis o incapacidades y, en suma, cualquier iatrogenia que pueda ser claramente atribuible a la intervención médica.



Las secuelas que tengan únicamente componentes subjetivos como: dolor crónico, alteraciones psicológicas o psiquiátricas y otras categorías de este tipo, no corresponden al campo penal, que requiere elementos taxativos para su accionar, aunque pueden ser perfectamente consideradas en el campo civil.

El mal uso intencional de conocimientos del médico para causar un daño determinado a su paciente (ej. sedarlo o anestesiarlo para cometer abuso sexual, el aborto no terapéutico) es un acto criminal que no debe juzgarse como una mala práctica médica, sino que es objeto del campo penal común.

El resultado fallido o insatisfactorio de un diagnóstico o de un tratamiento médico tampoco puede ser considerado mala práctica, puesto que la prestación del servicio del profesional es una obligación de medios y no de resultados. Esto significa que el médico está obligado a agotar todos los esfuerzos posibles, con una conducta prudente y diligente, para lograr un objetivo benéfico para el paciente, esto es, la recuperación de su salud o bienestar, mas no puede garantizar un resultado determinado, como la curación.

De hecho, hay enfermedades de carácter incurable en las cuales el médico solamente busca hacer más llevaderas las condiciones actuales de vida del paciente. La misma consideración es válida para el fracaso de una cirugía cosmética o para situaciones conocidas desde siempre por la medicina como los síndromes postquirúrgicos en los cuales el paciente sigue experimentando los mismos malestares y dolores de la enfermedad, a pesar de habersele extirpado el órgano o miembro enfermo; ej. el síndrome postcolecistectomía o el síndrome del “miembro fantasma”...

#### *Márgenes de Riesgo según Niveles de Atención.*

No existe prácticamente un procedimiento médico que no implique un nivel de riesgo, por pequeño que sea, para el paciente. Se trata de respuestas inesperadas, de mayor o menor relevancia, del organismo de la persona sometida a un proceso diagnóstico o terapéutico específico. Entre ellas tenemos, por ejemplo, reacciones alérgicas a diversos productos como

medicamentos, medios de contraste, anestésicos, etc., que pueden ir desde un simple eritema o rash cutáneo, hasta una reacción anafiláctica masiva con riesgo de muerte inminente. Estas respuestas “idiosincráticas” del paciente son universalmente conocidas y aceptadas como posibles, aunque no previsibles, en un evento médico y no deben ser necesariamente atribuidas a una mala práctica.

Sin embargo, una vez producido la reacción indeseable, el profesional médico se encuentra en la obligación de aplicar los procedimientos adecuados para tratarla. De no hacerlo, caería, esta vez sí, en un caso de mala práctica, por desconocimiento o imprevisión (no contar con equipos de resucitación, antídotos o medicamentos apropiados, etc.).

Una forma de evaluar el margen de riesgo para el paciente es considerar el nivel de atención en el cual es, o fue, atendido. Cada uno de estos niveles tiene normas, protocolos y algoritmos de procedimientos internacionalmente aceptados. El cumplimiento estricto de los mismos pondrá al profesional a resguardo de una acusación de mala práctica, ya que se asume que no estuvo en sus manos evitar el accidente médico. Por el contrario, la inobservancia de uno o más de ellos, por elementales que fueren, incrementarán proporcionalmente su responsabilidad.

#### *Nivel 1. Atención Ambulatoria:*

Esta se presta a nivel de consultorios públicos y privados, puestos, centros, subcentros de salud, hospitales regentados por el Estado, con atención externa que no requiere hospitalización; pueden atenderse casos de cirugía menor, con anestesia local, como suturas, quemaduras leves, extracción de cuerpos extraños que no signifiquen peligro para la vida del paciente, extirpación de excrecencias dérmicas; toma de muestras para exámenes de laboratorio, vacunaciones, control prenatal, atención odontológica, etc.

Es indudable que en este nivel el paciente prácticamente no afronta mayores riesgos, salvo que el médico omita datos importantes en la anamnesis, como eventos anteriores de alergia a ciertos medicamentos. Transgresiones médicas

aparentemente leves, como una prescripción ilegible o falta de precisión en la posología de una droga, podrán acarrear eventualmente consecuencias mayores.

En este nivel el médico deberá considerar la interconsulta, o derivación del paciente a un nivel superior de atención, siempre que el cuadro clínico aporte elementos suficientes para ello. Y con mayor razón cuando en consultas posteriores no haya señales de mejoría del enfermo.

#### *Nivel 2. Hospitalización:*

En este nivel, que comprende hospitales y clínicas públicos y privados, el paciente es internado porque requiere de observación y/o tratamiento continuos.

El riesgo de omitir procedimientos y cometer errores médicos es mayor en este nivel y las consecuencias proporcionalmente más graves. Sin embargo, el margen normal o aceptado de riesgo para el paciente también ha aumentado en relación con el nivel anterior.

#### *Nivel 3. Cirugías Programadas:*

Aunque en sentido estricto este nivel es parte del anterior (puesto que la cirugía es una forma de tratamiento), se lo considera separadamente, debido a que es aquí donde se produce el mayor número de reclamos por mala práctica médica. Las diversas cirugías tienen cada una sus protocolos y procedimientos y el nivel normal de riesgo de complicaciones es también diferente en cada caso, desde un mínimo hasta un extremo. Ej. una operación cesárea conlleva escaso riesgo para la paciente, pero una cirugía de separación de siameses es, con frecuencia, casi una sentencia de muerte para uno de ellos.

#### *Nivel 4. Emergencias*

Son los casos en los cuales el médico debe prestar ayuda inmediata al paciente que llega al local o institución en la cual trabaja, porque hay riesgo inminente de muerte o, por lo menos, de afectación grave para su salud. El

cumplimiento de las normas para cada caso, que incluye eventualmente la derivación del paciente a centros más especializados –de cuidados intensivos, p. ej. – es absolutamente mandatorio en este nivel.

*Nivel 5. Casos Especiales: Desastres, Eventos Antrópicos y Naturales:*

Son, médicamente, “estados de necesidad” producidos por fenómenos de la naturaleza como terremotos, erupciones, inundaciones, etc., o propiciados por el ser humano: accidentes de tránsito, agresiones armadas, etc., en los cuales el paciente debe ser auxiliado *ipso facto* por el médico, aun fuera del local o institución de salud y sin contar necesariamente con el equipamiento necesario, debido a que el riesgo de muerte del afectado es inminente.

En este nivel prácticamente se descartaría la posibilidad de una mala práctica médica, ya que el profesional no puede denegar auxilio al afectado, pero tampoco puede ser reprochado por las consecuencias de una situación totalmente imprevista.

*¿En qué momento se produce la Mala Práctica Médica?*

La mala práctica médica puede surgir en cualquiera de los momentos del acto médico, sobre todo en el diagnóstico, en el tratamiento y en la prognosis.

*Diagnóstico:* Un diagnóstico errado no constituye en sí mismo una mala práctica médica. La literatura y casuística médicas reconocen la existencia de enfermedades de identificación extremadamente difícil, algunas de las cuales requieren medios auxiliares de diagnóstico sumamente complicados, sofisticados o caros, que no están a disposición de la generalidad de profesionales o instituciones de salud.

Casos eventuales como la automedicación del paciente, con el consiguiente enmascaramiento de los síntomas y signos, o el ocultamiento de información pueden también llevar a un mal diagnóstico.

Solamente cuando el diagnóstico errado es fruto de la omisión de normas para una enfermedad en particular, o por una comprobada desidia, mala voluntad,

postergación, discriminación o desinterés por parte del profesional hacia su paciente, podrá considerarse una mala práctica médica.

*Tratamiento:* Si el tratamiento instaurado es congruente con el diagnóstico presuntivo, no hay causa de mala práctica médica.

Sin embargo, insistir en un tratamiento que en un tiempo determinado no demuestra ser efectivo, y peor aún si se agrava el cuadro clínico; si el médico, en lugar de reconsiderar su diagnóstico y el tratamiento instaurado, persiste en él, o si, a pesar del agravamiento, no toma medidas como la interconsulta o la referencia del enfermo a un nivel más adecuado de atención –especialista, cirugía – puede estar cayendo en un caso de mala práctica.

*Prognosis o Pronóstico:* Es la situación que el médico prevé para su paciente luego de hacer su diagnóstico: una descripción de un estado futuro, hipotético pero probable, en base al cual recomendará al enfermo las acciones más adecuadas para su beneficio. Hay enfermedades que tienen excelente pronóstico, con recuperación completa de la salud, como es el caso de las enfermedades banales, resfríos simples o las enfermedades eruptivas de la infancia, y otras de pronóstico muy sombrío, como en un tipo avanzado de cáncer, un enfisema, etc.

Si, sobre todo en este último caso, el profesional médico se desentiende de su paciente, le oculta información y le priva con ello de buscar nuevos caminos para solucionar o mejorar su problema de salud, caería también en una situación de mala práctica médica.

#### *Libertad y Capacidad de Acción del Médico.*

Es condición indispensable, para la calificación de la mala práctica médica, que el profesional realice libre y voluntariamente su trabajo. No podrá considerarse una mala praxis cuando el médico haya sido objeto de presiones, coerciones o amenazas por parte del paciente o de terceros (familiares y/o allegados del paciente, superiores administrativos, etc.) para realizar, postergar o distorsionar el acto médico. Del mismo modo, debe tener capacidad de accionar; es decir,

disponer de los medios o elementos necesarios y suficientes para realizar su labor.

#### **IV.4 Proyecto de Tipificación de la Mala Práctica Médica en el Ecuador.**

##### **Exposición de Motivos:**

Durante los últimos años, ha habido intentos por varios legisladores para tratar de tipificar la mala práctica médica en nuestro país, se han presentado algunos proyectos de ley referentes al tema, sin embargo, ninguno ha prosperado, ni ha tenido la acogida debida en el Congreso (hoy Asamblea); en la mayoría de los casos por sus carencias. La importancia radica en llegar a una confluencia, tanto de los parámetros legales como de los aspectos médicos, ya que esta Ley no puede ser elaborada teniendo en cuenta un solo punto de vista.

La Constitución establece a la Salud como un derecho que garantiza el Estado, mediante políticas sociales, educativas y ambientales, así como el acceso permanente y oportuno a una atención integral de salud. Por lo tanto, es necesario regular la actividad de los profesionales de la salud que prestan sus servicios particular o públicamente.

Se hace imperioso tener una regulación adecuada en este aspecto, ya que el problema de la mala práctica médica ha proliferado en nuestra sociedad en los últimos años, debido, precisamente, entre otras cosas, a la ambigüedad de los recursos legales que son aplicados en uno y otros casos.

En este sentido, es imprescindible la promulgación de una ley que regule la Mala Práctica Médica en el Ecuador.

##### **Considerando:**

1. Que el Ecuador no cuenta con una Ley Penal que sancione la Mala Práctica Médica.

2. Que en los casos relacionados con la Mala Práctica Médica se ven involucrados bienes jurídicos tales como la vida y la integridad de las personas, mismos que, en muchas ocasiones y debido al vacío legal existente se ven vulnerados.
3. Que los casos de Mala Práctica Médica necesitan ser juzgados con un tipo específico que recoja este presupuesto, y así no tener que adecuarlos a los tipos ya contemplados por nuestra Ley.
4. Que es necesario tener una Ley que establezca parámetros que protejan tanto al médico como al paciente.

Artículo 1.

Modifíquese el Código Penal de la siguiente forma:

1. Inclúyase como capítulo del Título VI del Código Penal el siguiente:

### CAPÍTULO III

#### DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

Artículo (474) [Mala Práctica Médica]. Se considera Mala Práctica Médica a la inobservancia, incumplimiento o transgresión de las normas, procedimientos o protocolos de un nivel determinado de atención médica, y como consecuencia de lo cual se produce la muerte o lesión del paciente:

La Mala Práctica Médica se configurará cuando, en el transcurso del acto médico, concurren una o más de las siguientes circunstancias:

1. Ausencia u omisión de historia clínica básica y suficiente para el nivel de atención en el cual se lleve a cabo el acto médico.
2. Omisión de examen clínico o examen clínico insuficiente para el nivel de atención.

3. Ausencia o insuficiencia de exámenes complementarios y/o de laboratorio cuando, disponiéndose de los recursos y servicios necesarios y siendo mandatarios para el diagnóstico y tratamiento, el médico prescinda su realización.
4. Receta y/o indicaciones ilegibles para el paciente. Indicaciones que no atiendan al nivel de entendimiento del paciente.
5. Tratamiento incongruente con el diagnóstico, o contradictorio con los datos de la anamnesis.
6. Omisión de interconsulta o de transferencia a un nivel de mayor especialización cuando el estado del paciente lo requiera.
7. Alta prematura, se exceptúa el alta por solicitud del paciente o sus familiares.
8. Omisión de epicrisis.
9. Omisión de protocolos y procedimientos quirúrgicos en cirugías programadas y/o en accidentes quirúrgicos previsibles.
10. Accidentes anestésicos, por omitir el concurso de un profesional calificado para esta función; por falta de control; por monitorización inadecuada o por dosificaciones que rebasen los límites de seguridad establecidos.
11. Omisión de protocolos y procedimientos en urgencias y emergencias
12. Postergación voluntaria de procedimientos en urgencias, emergencias.

Artículo (475) [Muerte causada por Mala Práctica Médica]: El profesional de la salud que por mala práctica médica causare la muerte de una persona, será sancionado con una pena de reclusión menor de tres a seis años; la suspensión definitiva de la licencia para ejercer la medicina y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos.

Artículo (476). [Lesión causada por Mala Práctica Médica]: El profesional de la salud que por mala práctica médica causare una lesión a una



persona será sancionado con prisión de dos a cinco años; suspensión de 90 a 360 días de la licencia para ejercer la medicina y multa de diecisiete a ochenta y siete dólares de los Estados Unidos.

Artículo (476). [Disposición Final]: Deróguense los artículos 202, 203 y 204 de la Ley Orgánica de Salud y modifíquese el artículo 436 del Código Penal en la siguiente forma:

Art. 436 [Despacho o suministro de medicamentos indebidos]: Los boticarios, o cualquier persona, que por falta de precaución o de cuidado, despacharen o suministraren medicamentos que comprometan gravemente la salud, serán reprimidos con prisión de seis meses a un año; si hubieren causado enfermedad que parezca o fuere incurable, la prisión será de uno a tres años; y en caso de haber producido muerte la, la prisión será de tres a cinco años.

## CONCLUSIONES

El objetivo principal del presente trabajo es eliminar los factores de apreciación subjetiva, que son los que han propiciado las interminables discusiones y desacuerdos sobre la mala práctica médica.

En efecto, si prescindimos en el articulado de todos aquellos conceptos como incapacidad, impericia, desinterés, mala voluntad, discriminación, etc., que involucran siempre sentimientos e intereses personales, y conservamos los parámetros objetivos, que son la normativa y protocolos de cada nivel de atención, tendremos una base más sólida para un tratamiento verdaderamente técnico o científico del problema.

Con ello se reconoce el margen normal de riesgo que todo acto médico conlleva (puesto que, si se han cumplido todas las exigencias del mismo, un mal resultado es simplemente el margen aceptado de riesgo y no una mala práctica), y se permite evidenciar objetivamente la relación existente entre causas y efectos.

Uno de los escollos más difíciles de superar en el tratamiento legal de los temas médicos, y de modo puntual en los casos de mala práctica, es la enorme gama interpretativa que un mismo hecho puede generar, dependiendo ello, invariablemente, de los intereses de las partes conflicto.

Eso es particularmente cierto en países como el Ecuador, donde la medicina –o salud, en un sentido más amplio- no goza todavía de una sólida institucionalidad y se la practica de una manera más o menos anárquica, sin sujetarse a reglas estrictas que se encaminen a proteger tanto al usuario como al profesional de la conflictividad que una excesiva liberalidad conlleva. El Estado no regula, en último término, o lo hace de modo ineficiente, la práctica médica en nuestro país. Y no por falta de leyes sino por la poca o nula aplicación de las mismas, incluso en los mismos estamentos que dependen

directamente de él. Valga el ejemplo de la Ley de Medicamentos Genéricos, promulgada hace algunos años y todavía en vigencia, que protege teóricamente al usuario de la salud y al mismo Estado en su economía; normas obligatorias para todo profesional e institución pública o privada, y burladas reiteradamente por todos ellos, en perjuicio de cada ciudadano y de la comunidad en su conjunto. Si solo esta Ley se aplicara con verdadero rigor, se evitaría el ingente derroche de recursos que es la regla actual.

La mala práctica médica es en gran parte una consecuencia de la ineficaz operatividad de leyes y normas de salud por parte del Estado, a pesar de ser éste garantista de ese derecho fundamental. Deficiencia que se complica aún más por la nueva legislación que incorpora a las medicinas alternativas e informales al Sistema Nacional de Salud. Con ello, la conflictividad crecerá de modo espectacular y toda legislación resultará insuficiente para atender el increíble mosaico de intereses que se pondrán en juego.

Si en el estado anterior de cosas ha resultado sumamente difícil elaborar una Ley de Mala Práctica Médica que atienda aceptablemente los principios básicos de equidad y justicia, ¿cómo podríamos hacerlo en un sistema caótico lleno de potencialidades peligrosas y, en última instancia, todavía desconocido?

Porque debe recordarse que los sistemas, hasta hace poco informales de salud, las medicinas alternativas y otras semejantes, constituyen experiencias empíricas anteriores, mezcladas frecuentemente con ritos religiosos y conceptos animistas que los pueblos utilizaron en fases primitivas de su desarrollo y que están actualmente muy alejadas de la medicina convencional o científica.

Esa medicina no puede ser la que garantice el Estado a la sociedad.

¿Qué sentido tendría la elaboración y sanción de una Ley de Mala Práctica Médica en un conglomerado en el cual la práctica de la medicina es una

actividad aprobada urbi et orbi por el Estado? El único en situación de desventaja sería el médico.

Una vez realizada esta necesaria depuración, el Sistema Nacional de Salud volverá a sus cauces normales y podremos enmarcar una Ley de Mala Praxis en un marco institucional sólido y con razonables esperanzas de perfeccionamiento.

## **RECOMENDACIONES**

De las conclusiones expuestas, cabría enunciar algunas recomendaciones generales y otras de carácter más específico, referidas a las características de la Ley de Mala Praxis Médica.

En el plano general, como se había anticipado, es importante mejorar la institucionalidad del Estado en lo que a la salud se refiere. Debe evitarse la contaminación disgregadora de políticas improvisadas en nombre de un vanguardismo a ultranza que, a la postre, produciría un daño mucho mayor que el supuesto beneficio que de ello se esperaría.

Debe propenderse, en los estamentos públicos y privados, al aprendizaje y práctica de una medicina moderna, con la adquisición y difusión de tecnologías actualizadas y métodos avanzados de diagnóstico y tratamiento, que contribuyan a eliminar el empirismo (y la mala práctica médica) en nuestro país y avanzar hacia una medicina verdaderamente científica.

No debería alentarse, por parte del estado, la difusión y práctica de las llamadas medicinas “alternativas”, cuya utilidad, o inclusive inocuidad, no están probadas. Es un contrasentido buscar el progreso de un sistema nacional de

salud y propiciar, al mismo tiempo, la integración de sistemas depredatorios del mismo, como este tipo de empirismos que han competido desde siempre con la medicina verdaderamente científica.

Se requiere también una profunda interrelación con la educación, puesto que los más altos estándares de salud se los ha evidenciado en los pueblos más educados.

En un plano puntual una Ley de Mala Praxis debe proteger los derechos, no solamente del paciente sino también del profesional. Este equilibrio es indispensable, tanto para evitar la impunidad del médico que infringe la ley, como el abuso del usuario oportunista cuyo fin es buscar los resquicios legales que le permitan satisfacer intereses personales.

La Ley de Mala Práctica debe ser taxativa, aún a riesgo de no abarcar todas las derivaciones de una situación médica determinada. Siempre es más recomendable la precisión en un número restringido de variables, las más frecuentes, antes que la vaguedad de una norma excesivamente amplia. Co ello se precautelará, sin duda, el espíritu de la Ley Penal.

**BIBLIOGRAFIA:**

Beccaria, César. *Tratado de los Delitos y las Penas*. México, Editorial Porrúa, 2005.

Beling, Ernest von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito tipo*. Argentina, Editorial Depalma, 1944.

Carrión, Andrés. *La Memoria de Otros (Entrevistas)*. Quito. Editorial Eskeletra, 1990.

Carrara, Francesco. *Derecho Penal. Vol. 3*, Oxford University Press, México D.F., 1999.

Costales Terán, Luis. *Introducción al Derecho Penal*. Quito, Editorial Pudeleco, 1998

Diccionario de la Lengua Española, España, XXII edición, 2001.

García- Pablos de Molina, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. México, Editorial Universitaria Ramón, 1999.

Grisanti, Hernando: *Lecciones de Derecho Penal*. Vadell Hermanos Editores. 12° Edición revisada, 2000.

Guerrero Vivanco, Walter. *Derecho Procesal Penal*. Quito, Editorial Pudeleco, 1996.

Henderson, J. *Guía Médica de Urgencias*. España. Editorial Bruguera, 1984.

Jaramillo, Carlos Ignacio. *Responsabilidad Civil Médica- La relación entre médico – paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá. Editorial JAVEGRAF, 2006.

Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal – La Ley y el Delito*. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2005.

Jiménez Martínez, Javier. *Introducción a la Teoría General del Delito*. México, Editorial Ángel, 2003.

Kirk, R.M. *Técnicas Quirúrgicas Básicas*. España. Editorial JIMS, 1975.

La Enciclopedia, Vol. X. Editorial Salvat, 2004.

Liszt, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, T.II, Madrid, Editorial REUS S.A.

Martínez H. Borroto R. *Iatrogenia y Error Médico. Temas de ética médica*. La Habana, Instituto de Ciencias Médicas, 1986.

Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal Vol. III – De los delitos en particular*. Bogotá, Editorial Temis, 1982.

Mezger, Edmund. *Derecho Penal – Parte Genera*. México, Editorial y Distribuidor Cárdenas, 1990.

Mills, John, Ho, Mary, Salber, Patricia y Trunkey, Donald. *Diagnóstico y Tratamiento de Urgencias*. México D.F. Editorial El Manual Moderno, S.A. de C.V., 1987.

Ministerio de Salud Pública. Manual de Organización y Funcionamiento de las Áreas de Salud. Quito, 2000.

Moro, Tomás. *Utopías del Renacimiento. Colección Popular* Vol. II. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal – Parte General*. México, Editorial Ariel S.A., 1992.

Romagnosi, Giandoménico. *Génesis del Derecho Penal*. Bogotá – Colombia, Editorial Temis, 1956.

Roxin Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Madrid, 1997.

Roxin, Claus. *Derecho penal, Parte general*, traducción de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

Sproviero, Juan H. *Mala Praxis – Protección Jurídica del Médico*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot; 1994.

Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán – Parte General*, 11ª edición. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Welzel, Hans, Traducción José Cerezo Mir. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires. Editorial Montevideo, 2006.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. , Buenos Aires, Editorial Ediar, 1998.



Zarka, Yves Charles, *Hobbes y el Pensamiento Político Moderno*. Barcelona, Es: Herder 1997.

### **LINKOGRAFÍA:**

Velásquez, Fernando. *Globalización y Derecho Penal*. Tomado de la página: [www.unifr.ch](http://www.unifr.ch)

### **NORMAS LEGALES:**

Código Civil del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Código Penal del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Código Penal de España, 2009.

Código Penal de la República de Chile, 2009.

Constitución de la República del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, noviembre de 1969.

Ley de la Federación Médica Ecuatoriana Para el Ejercicio, Perfeccionamiento y Defensa Profesional, 2009.

Ley Orgánica de Salud, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

# ANEXOS

**ANEXO 1.** Proyecto de Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala Práctica Médica, presentado a la Asamblea con fecha 13 de enero de 2010 por la Asambleísta Gabriela Pazmiño.



REPÚBLICA DEL ECUADOR  
**ASAMBLEA NACIONAL**

**MEMORANDO No. PAN-FC-2010- 017**

**PARA:** DR. FRANCISCO VERGARA O.  
Secretario General

**DE:** FERNANDO CORDERO CUEVA  
Presidente

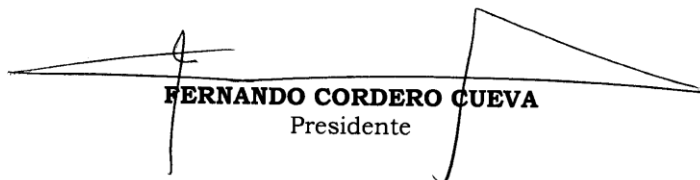
**ASUNTO:** Proyecto de Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala  
Práctica Médica

**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: 



REPÚBLICA DEL ECUADOR  
**ASAMBLEA NACIONAL**

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

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



# Trámite **19054**  
Codigo validación **EDIFYPQYS9**  
Tipo de documento: MEMORANDO INTERNO  
Fecha recepción: 13-ene-2010 10:38  
Numeración documento: 014-gpp-ag  
Fecha oficio: 13-ene-2010  
Remite: PAZMIÑO GABRIELA  
Razón social  
Revise el estado de su trámite en:  
<http://tramites.asambleanacional.gov.ec>  
<http://estadotramite.jif>

9 hojas

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, dieteticos, 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 pública.

**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 lesionad 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 pública, 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.....

## ANEXO 2. Entrevistas

Entrevista # 1.

Nombre: Dr. Sergio Frías.

Asistente Jurídico de la Dirección Provincial de la Judicatura de Tungurahua.  
Matricula 667 del Colegio de Abogados de Tungurahua.

### PREGUNTAS:

1. ¿Qué es para usted Mala Práctica Médica?

Es un actividad que afecta a la confianza social en una profesión en la que no se está permitido fallar, pues la vida misma está en manos de los médicos, obviamente que toda actividad profesional debe estar regula por la ley, pero sustentada en conocimientos científicos, pero cuando afectan a la saluda, integridad de las 'personas debe ser sancionada

2. ¿Tiene conocimiento o ha estado involucrado en algún caso de Mala Práctica Médica?

No

3. ¿Cree usted necesaria la creación de un Tipo Penal específico que regule la Mala Práctica Médica o considera que es suficiente con los tipos existentes en el Código Penal?

Sí, siempre y cuando el delito sea producto de una actividad en la cual el profesional médico no estaba facultado para ejercer.

4. (De haber sido afirmativa la respuesta anterior) ¿Qué elementos debería recoger este Tipo Penal?

Profesión, capacitación; voluntad, conciencia y resultados.

5. ¿En su opinión, cuál es la conducta que derivaría en una eventual Mala Práctica Médica?

La inseguridad de la vida y de la salud

6. ¿Cuál sería la sanción que debería contemplar esta nueva Ley y bajo que parámetros se establecería la misma?

Multa, suspensión, y prisión (no reclusión)

7. ¿Considera usted que las medicinas alternativas deben integrar el Sistema Nacional de Salud?

No, por cuanto carecen de evidencia científica

8. ¿En qué forma las medicinas alternativas o tradicionales benefician o perjudican al Sistema Nacional de Salud?

Perjudican pues crea una falsa expectativa en la sociedad, pues no tiene una razón científica para la salud y además daña la salud pues se expenden medicinas sin registro sanitario sin investigación científica, y sin contenido responsable.

## Entrevista # 2

Nombre: Dra. Sandra Gómez

Asesora Jurídica de la Gobernación de Tungurahua, con licencia Profesional de Abogado No. 374 del Colegio de Abogados de Tungurahua.

### PREGUNTAS:

1. ¿Qué es para usted Mala Práctica Médica?

La mala práctica médica es una actuación en forma equivocada por parte de los médicos que están haciendo uso de su profesión.

2. ¿Tiene conocimiento o ha estado involucrado en algún caso de Mala Práctica Médica?

No he estado involucrada, pero sí he tenido conocimiento de personas que a veces en ciertas operaciones o cirugías han quedado descerebradas o incapacitadas física y mentalmente debido a negligencia en las operaciones o sobredosis de anestesia. Creo que la omisión o inobservancia de las reglas o normas que cada médico debe cumplir en el ejercicio de su profesión deben ser sancionadas.

3. ¿Cree usted necesaria la creación de un Tipo Penal específico que regule la Mala Práctica Médica o considera que es suficiente con los tipos existentes en el Código Penal?

Sí creo necesaria la creación de un Tipo Penal específico que regule la mala práctica médica, porque de acuerdo al Código Orgánico de la Salud y Código Penal no existe sanción alguna y la Ley tampoco establece las sanciones que se debería aplicar por mala práctica médica, porque tampoco está definido a qué se le considera mala práctica médica y peor aún si el profesional médico no estaba facultado para ejercer.



4. (De haber sido afirmativa la respuesta anterior) ¿Qué elementos debería recoger este Tipo Penal?

Los elementos que debería recoger este Tipo Penal serían en base al tipo de dificultad o incapacidad que presente el paciente afectado se debería regular el tipo de sanciones pudiendo ser administrativas, pecuniaria y si se presenta la muerte la sanción debería ser de tipo penal; es decir considerando la gravedad del paciente.

5. ¿En su opinión, cuál es la conducta que derivaría en una eventual Mala Práctica Médica?

Debería tomarse muy en cuenta las consecuencias y el estado que conlleva al paciente esta mala práctica médica, porque ésta se deriva de la negligencia, e inobservancia de las reglas y códigos de la medicina.

6. ¿Cuál sería la sanción que debería contemplar esta nueva Ley y bajo que parámetros se establecería la misma?

De acuerdo al caso sanción administrativa, pecuniaria o penal con prisión, suspensión de la licencia profesional.

7. ¿Considera usted que las medicinas alternativas deben integrar el sistema nacional de salud?

Sí las medicinas alternativas actualmente son grandemente consumidas, entonces al haber oferta y demanda, deben ser reguladas y controladas en su uso por parte del Ministerio de Salud Pública.

El problema se da porque las personas se sienten atraídas por el consumo de medicinas alternativas y estos medicamentos sin control en su administración, sin registro sanitario, etc., puede causar males a la salud de las personas, por eso debe intervenir las autoridades de la Salud.

8. ¿En qué forma las medicinas alternativas o tradicionales benefician o perjudican al sistema nacional de salud?

Perjudican porque las personas pueden resultar estafadas en su salud y económicamente, sobre todo si no cumplen requisitos de ley y de investigación científica.

Entrevista # 3.

Nombre: Dr. Gabriel Vaca Acosta

Abogado en libre ejercicio.

#### PREGUNTAS:

1. ¿Qué es para usted Mala Práctica Médica?

Es emitir un criterio o diagnóstico sin tener conocimiento del tema.

2. ¿Tiene conocimiento o ha estado involucrado en algún caso de Mala Práctica Médica?

A nivel nacional se ha conocido de muchos casos en los Hospitales de Estado y Clínicas particulares de varias prácticas médicas.

3. ¿Cree usted necesaria la creación de un Tipo Penal específico que regule la Mala Práctica Médica o considera que es suficiente con los tipos existentes en el Código Penal?

Sería necesario que el Gobierno Nacional y sus Asambleístas crearen un tipo penal exclusivo para la mala práctica médica por no existir en nuestro Código Penal.

4. (De haber sido afirmativa la respuesta anterior) ¿Qué elementos debería recoger este Tipo Penal?

Sancionar con todo el rigor de la ley y la pena máxima de prisión, retirar su licencia profesional, etc.

5. ¿En su opinión, cuál es la conducta que derivaría en una eventual Mala Práctica Médica?

Emitir diagnósticos sin determinar un ceso con exámenes, radiografías, tomografías, ecos, etc.

6. ¿Cuál sería la sanción que debería contemplar esta nueva Ley y bajo que parámetros se establecería la misma?

La sanción más enérgica de la Ley y la máxima pena que contempla el Código Penal.

7. ¿Considera usted que las medicinas alternativas deben integrar el sistema nacional de salud?

No.

8. ¿En qué forma las medicinas alternativas o tradicionales benefician o perjudican al sistema nacional de salud?

Perjudican en salud del ser humano.

Entrevista # 4.

Nombre: Dra. Tania Haro F.

Directora del Registro Civil de Tungurahua. Licencia Profesional de Abogado No.678 del Colegio de Abogados de Tungurahua.

#### PREGUNTAS:

1. ¿Qué es para usted Mala Práctica Médica?

Es una acción inadecuada del médico, con conocimiento de causa.

2. ¿Tiene conocimiento o ha estado involucrado en algún caso de Mala Práctica Médica?

No

3. ¿Cree usted necesaria la creación de un Tipo Penal específico que regule la Mala Práctica Médica o considera que es suficiente con los tipos existentes en el Código Penal?

Es suficiente con los tipos existentes en el Código Penal.

4. (De haber sido afirmativa la respuesta anterior) ¿Qué elementos debería recoger este Tipo Penal?

5. ¿En su opinión, cuál es la conducta que derivaría en una eventual Mala Práctica Médica?

Es una conducta maliciosa y temeraria, ya que el profesional debe obrar con conocimiento de causa, para proceder, hacer o no hacer según el caso, e informar al paciente con certeza y veracidad en cuadro clínico que tiene, los pro y los contra de un tratamiento o intervención quirúrgica.

6. ¿Cuál sería la sanción que debería contemplar esta nueva Ley y bajo que parámetros se establecería la misma?

7. ¿Considera usted que las medicinas alternativas deben integrar el sistema nacional de salud?

No.

8. ¿En qué forma las medicinas alternativas o tradicionales benefician o perjudican al sistema nacional de salud?

Perjudican, ya que no se ha efectuado un seguimiento o estudio científico al respecto y por lo general complican los cuadros clínicos.

### ANEXO 3.

Entrevista realizada por Andrés Carrión acerca de la Mala Práctica Médica a Augusto Bonilla (Premio Nacional Eugenio Espejo); Carlos Sánchez (Secretario de la Federación de Médicos) y Nicolás Romero Barberis, vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Carrión, Andrés. La Memoria de Otros (Entrevistas). Quito. Editorial Eskeletra, 1990, Págs. 361 - 368

Entrevista:

**Andrés Carrión (AC):** Últimamente ha estallado un alud de denuncias relacionadas con la mala práctica médica; denuncias planteadas por familiares que sufren la pérdida de sus seres queridos. Ante estas acusaciones, los médicos han dado sus explicaciones, originándose un debate que pensamos es de suma importancia, sobre todo porque aún en el país no existe una legislación exacta que interprete y sancione estos casos. A partir de esta realidad ha empezado a considerarse en el Congreso Nacional un proyecto de ley especial, cuyo promotor es el Dr. Nicolás Romero Barberis.

¿Cuáles han sido las razones que lo llevan a promover esta ley y por qué debe tener carácter especial?

**Dr. Nicolás Romero Barberis (NR):** Porque es alarmante lo que está sucediendo en el país, permanentemente estamos informándonos de casos que enlutan a numerosas familias y en realidad, más allá de lo técnico, esas familias no tienen alternativas legales que les permitan acudir ante los jueces para que juzguen la conducta y el procedimiento de un profesional médico. Si todos estamos sujetos a la posibilidad de ser juzgados por nuestros actos, no puede eximirse a los médicos, más aún cuando estamos hablando de casos tan delicados como la muerte o invalidez de una persona.

**AC:** ¿Por qué debe ser una ley especial, cuando todos los profesionales estamos amparados por la Constitución y debemos tener los mismos derechos?

**NR:** Si un ingeniero construye mal una casa, está sujeto a ser sancionado, si alguien rompe un vidrio de una ventana está sujeto a la posibilidad de ser sancionado; lamentablemente, nuestro Código Penal no contempla disposiciones para la mala práctica médica, porque ha de entender que tiene que ser la excepción ya que la generalidad es la buena práctica. Si al contrario de lo que ocurre en los países desarrollados, nuestra ley no contempla esta situación, es necesario expedir una ley especial, porque la situación lo amerita y porque se trata de la salud y la vida de los ecuatorianos.

**AC:** Dr. Bonilla, ¿los médicos están de acuerdo con el planteamiento del Dr. Romero, efectivamente es necesario expedir una ley que sancione la mala práctica médica?

**Dr. Augusto Bonilla (AB):** Es un hecho que no se puede discutir que se presenten casos de mala práctica médica que son dolorosos, pero no dolosos. Soy un médico viejo y creo que es razonable que quien pierde un familiar y quien encuentra que los resultados de un tratamiento no están dentro de lo que esperaba, pueda reclamar y reclame, pero no creo que esta ley deba ser solo para los médicos, tiene que ser una ley de mala práctica para todos las profesiones. Además, no debemos olvidar que para los médicos existe un Código de la Salud y en base a este Código ejercemos la profesión.

**AC:** Dr. Sánchez, ¿usted como representante de la Federación Médica, podría explicarnos cuál es la posición de la Federación frente a los casos de mala práctica y frente a este proyecto de ley?

**Dr. Carlos Sánchez (CS):** La Federación Médica en ningún momento se ha negado que exista el control en la práctica médica; es más, lo hemos propuesto con los mejores matices de alcance, incluso tecnológico. No estamos de acuerdo que se pretenda hacer una ley de carácter punitivo basada en pasiones y no en precauciones. Quiero dar un ejemplo: el caso de un abogado,

que siendo juez estuvo involucrado con el narcotráfico; sería prudente que propongamos una ley de mala práctica para los señores abogados, aduciendo que uno de ellos ha cometido un ilícito, nada más absurdo. Además, esta ley sería inconstitucional, por atentar contra el derecho a la libertad y contra el libre ejercicio de la profesión, con un agravante adicional: cuando se trata de la salud no se puede estar conminando a las presiones; no puede operar tranquilamente si de por medio tiene una espada de Damocles que es una medida punitiva que se paga o se compra y, no olvidemos que la práctica de la medicina tiene alta dosis de altruismo, todos los millones que pueda pagar una aseguradora no podrán comprar el bienestar y la salud de nuestros pacientes, entonces tenemos que mantener a la salud bajo la tutela de la moralidad.

**NR:** Efectivamente, la ley tiene que ser general para todos los médicos, no podemos establecer una diversidad de calidad. Una es la profesión médica, otra la de abogados, etc., por lo tanto toda profesión en la generalidad de la ley debe estar controlada, pero en la práctica ocurre que la de los médicos es la única profesión que no puede, en caso de encontrarse un elemento doloso, ser sancionada; es la única que no tiene una norma, ni en el Código Penal ni en ninguna otra parte. De ahí que no se trata de dictar una norma con dedicatoria, de ninguna manera. Es cierto que existe el Código de la Salud, pero no es suficiente, mis queridos doctores; yo he tenido casos de personas que solicitan la historia clínica y no se les entrega, lo que entregan es el Certificado de Crisis, que es un resumen de lo ocurrido. Y lo sé con certeza porque he defendido caos en los que los médicos tuvieron comportamientos horribles, como sucedió con una niña de 2 años que, luego de haberle practicado una arteriodisección y no una venodisección, al día siguiente el brazo estaba necrosado y no se lo pudo salvar y ¿qué encontramos en la historia clínica? “grave, no hacer nada. Hacer la cuenta”. Y lo que es peor, el médico le dijo al padre “Vea señor tiene que llevarse a la niña, ella va a morir en 1 o 2 horas llévese a la niña y compre el ataúd”.

**AC:** Aquí viene un problema. Dr. Bonilla, ese espíritu de cuerpo que surge en ciertas organizaciones impide resolver casos de excepción, ¿por qué no tomar



una actitud positiva por parte de ustedes y conseguir una ley justa y equilibrada que permita sancionar esos casos de excepción?

**AB:** En el hospital donde trabajo, he procurado ser franco y no tapar ningún error que se presente, no soy de aquellos que tiene rabo de paja y puede ser que en ocasiones, en los organismos prevalezca el criterio de defender a un profesional. Aquí entra también el problema de la educación y se dice que la Universidad no forma bien a los médicos; he sido muchos años profesor y yo sería uno de los culpables, pero le puedo asegurar que, sobre todo moralmente, están bien formados. En el hospital se realizan unas 50 intervenciones quirúrgicas diarias y todas tienen su riesgo; a veces se critica la mala práctica del anestesista, pero todos tienen muchos riesgos; y también para ciertas complicaciones que se presentan no siempre tenemos los equipos adecuados, desgraciadamente somos países pobres.

**CS:** Creo que se está sobredimensionando la parte interpretativa de la posición que podemos tener los médicos; nosotros no estamos en contra de una norma jurídica que reforme el ordenamiento que ya tiene el país. No sé por qué se dice que no existe nada; además del Código de Ética, en el Código Penal, desde el Art. 434 al 438 se habla de este tipo de posibles malas prácticas; pero la norma, como tal, es general, democrática y justa.

Lo que sí me extraña es que en forma cíclica, sobre todo cuando estamos cerca de elecciones, aparecen gentes que quieren forjar una nueva ley y aparecen aseguradoras que quieren vender la idea de una ley; lo puedo demostrar.

**AC:** Perdona ¿el asunto de la historia clínica contempla alguna norma o disposición?

**CS:** Desde luego, nuestro Código de Ética, dice que nosotros guardaremos bajo custodia moral nuestra relación con el paciente; es decir, no podemos hacerlo público salvo pedido de un juez y en ese caso la información tiene que ser completa. Y por favor, que esa reserva no se quiera malintencionadamente interpretar como encubrimiento.

Pero, la esencia de todo es que se quiere sobredimensionar; es mentira que se estén dando más casos de mala práctica, ¿cuál es la realidad? en el Hospital Carlos Andrade Marín, en donde tengo el honor de trabajar, en 1989 se han dado 12.713 operaciones y 2.454 partos, todos con pleno éxito y todos sabemos que cualquier intervención implica un riesgo, de ahí que la OMS ha calificado estos riesgos en tres niveles: el universal, las emergencias y los casos graves, que por lo general son del 50%; los casos fortuitos, que son del 25% -que para los abogados son casos no culposos- pero tiene relación muy tenue con el otro nivel, el de la mala práctica y el error culposo, que tiene que ser juzgado con todos los agravantes. Es decir, hagamos un reordenamiento jurídico pero en base de lo que ya tenemos y pidamos también la opinión de los profesionales médicos, porque a nosotros jamás nos han consultado.

**AC:** Dr. me gustaría que nos explicara la participación o el interés que las aseguradoras tendrían en la expedición de la nueva ley...

**CS:** La aplicación de una ley de este tipo va a colocar a los grupos médicos a la defensiva, esto ha sucedido en otros países, como los Estados Unidos y Argentina, en donde para ejercer la actividad es necesario que el médico saque un seguro; esto encarece notablemente el costo de la medicina, que ya de por sí es tremendamente alto, porque una prótesis total de cadera costaba hace un año 60 mil sucres, hoy cuesta 1'500 mil. Este seguro va a elevar más estos costos y nadie le va a realizar una intervención sin un seguro, el médico debería protegerse y no va a hacer absolutamente nada, si antes no le firma los 200 papeles por acá y los 300 por allá.

**AB:** Yo quiero también recurrir a las cifras de la OMS, que como sabemos son serias; se ha dicho que en el Ecuador existe un número elevado de fracasos anestésicos y sucede que el país está igual que otros países como Estados Unidos, Suecia, México, Brasil, Argentina; en el Ecuador tenemos 1,6 por cada 10.000 casos, de tal manera que aquí se lo ha sobredimensionado no sé con qué intenciones. Acá estamos al tanto en las informaciones, las revistas médicas nos llegan al mismo tiempo que a Nueva York, Berlín o París.

**AC:** Dr. Romero, los señores médicos, dicen que sí existen las leyes suficientes y que solo debería reformárselas, pero usted sostiene lo contrario ¿qué ocurre realmente, en términos legales, en el país?

**NR:** No es verdad que lo que hoy existe es suficiente. Discúlpeme, pero la ley de la Federación Médica dice que para sancionar a un médico –llámese sanción, amonestación o supresión del ejercicio- debe preceder el dictamen de un juez, y éste no puede conocer de esto porque no hay pena sin ley. Y es falso lo que ha dicho el Dr. Sánchez, que en el Código Penal los Art. 434 en adelante se sanciona a los médicos, no es verdad. En materia penal, no hay pena sin ley; no hay crimen sin ley. Es decir, al no existir disposición legal no hay posibilidad de que probada y demostrada una mala práctica médica –por incompetencia, negligencia, impericia, falta de cuidado-, sea sancionada. El Colegio Médico tampoco puede sancionar porque no puede aplicar la ley de la Federación, en tanto no haya la sentencia de un juez.

Por otro lado, decir que se está sobredimensionando y forjando casos no es verdad. Todos los profesionales debemos estar claros en que existen dos niveles: el de los colegios de profesionales, que nos sancionan cuando procedemos de una manera incorrecta; el otro nivel es el jurisdiccional, aquí es donde no se puede activar, porque no existe una disposición que lo permita, una sanción, y lo que se trata es que cualquier persona que se sienta perjudicada puede activar una acción en contra de quien yo estimo realizó una mala práctica médica.

**CS:** Lo que el Dr. Romero quiere es tornarse médico, abandonando la abogacía, ya que incluso pretende tipificar las faltas de los médicos; lo que nosotros queremos es un fuero de moralidad, en donde no pretenda un abogado, por brillante que sea, tipificar técnica y científicamente un acto médico. Obviamente, si alguien comete una infracción tendrá que ser sancionado y de acuerdo a la infracción tendrá que ser la pena. Entonces yo vería a su proyecto, como ya lo dijeron antes, como un mamotreto jurídico, y sería como regresar a la inquisición; antes se mataban herejes y hoy se quiere matar médicos.