



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

**III CONGRESO CIENTÍFICO INTERNACIONAL UNIANDES, “IMPACTO DE
LAS INVESTIGACIONES UNIVERSITARIAS”**

PONENCIA:

**TÍTULO: “ANÁLISIS TEÓRICO, NORMATIVO Y PRÁCTICO DEL
TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL A LA MALA PRÁCTICA
MÉDICA EN ECUADOR, EN EL PERÍODO COMPRENDIDO
ENTRE 2012 Y 2014. PROPOSICIONES PARA SU
PERFECCIONAMIENTO”.**

Autora: Abg. YUDITH LÓPEZ SORIA.

MsC. en Derecho Penal.

yudithlopezsoria@hotmail.com

-Ambato-

2015

TÍTULO: “ANÁLISIS TEÓRICO, NORMATIVO Y PRÁCTICO DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL A LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN ECUADOR, EN EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE 2012 Y 2014. PROPOSICIONES PARA SU PERFECCIONAMIENTO”.

Resumen:

Luego de que la entrada en vigor, previa publicación en el Registro Oficial, del Código orgánico Integral Penal de Ecuador, COIP, el 10 de agosto de 2014, se hiciera vigente, adquirió vigencia también, el tratamiento penal en calidad de delito para algunos tipos penales que describen conductas donde determinados profesionales pueden incurrir en responsabilidad penal, ya sea derivado de su acción u omisión delictiva, tanto por poner en peligro determinados y relevantes bienes jurídicos protegidos especialmente por el ordenamiento penal, como por afectar o dañar estos mismos bienes jurídicos.

Entre estas modificaciones que causaron gran revuelo se incluye el homicidio culposo por mala práctica profesional, previsto y sancionado en el art. 146 del COIP, el que se interpretó por la gran mayoría de miembros del gremio de médicos como una agresión a su ejercicio médico y así mismo, incidió en la opinión de la población en general, por ende surge nuestra preocupación de estudiar al respecto y evidenciar si el tratamiento legal preceptuado en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador es el acertado o no, para ello hemos desplegado este material investigativo que nos lleva a concluir incipientemente que estamos ante un tratamiento penal aun deficiente pero acertado en cuanto a protección y seguridad ciudadana se refiere y a exigir responsabilidad penal a cualquier profesional de la salud o no, que con su acción u omisión, intencional o imprudentemente, pueda dañar el primer bien jurídico máspreciado, que es la vida del ser humano.

Palabras claves:

Mala Práctica médica.

Delito

Responsabilidad penal

Tratamiento penal adecuado

Summary:

After the entry into force following publication in the Official Gazette, the Comprehensive Organic Code of Criminal Procedure of Ecuador, COIP, the August 10, 2014, became effective, acquired force also, the criminal treatment as a crime for some types Criminal describing behaviors where certain professionals may incur criminal liability, whether arising from their action or criminal omission, therefore put certain and relevant danger legal goods specially protected by the criminal law, as affect or damage these same legal rights.

These changes caused a stir the manslaughter for bad professional and sanctioned in art practice is included. COIP 146, which was interpreted by the majority of members of the Guild of physicians as an assault on their health and likewise exercise influenced the opinion of the general population, hence our concern arises to study the matter and show if the legal treatment provisions in the Code of Integral Criminal Ecuador is the right or wrong, so we have deployed this research material leads us to conclude incipient we are before a criminal treatment even poor but successful in terms of protection and public safety and criminal liability refers to any health professional or not, whose act or omission, intentionally or recklessly could damage the first legal greatest asset, which is the life of man.

Key words:

Medical malpractice.

offense

criminal liability

Appropriate penal treatment

INTRODUCCIÓN:

Con esta Investigación, pretendemos establecer los conceptos de médico, de buena y mala práctica médica, de un ejercicio profesional médico debido e indebido y poder estudiar casos, datos, así como el tratamiento legal penal actual, dado a la mala práctica médica en Ecuador.

Desde sus orígenes, el ser humano ha tratado de explicarse la realidad y los acontecimientos trascendentales que en ella tienen lugar, tales como la vida misma, la muerte, las enfermedades. Las primeras civilizaciones y culturas humanas basaron su práctica médica en dos pilares aparentemente opuestos: un empirismo primitivo y de carácter pragmático (aplicado fundamentalmente al uso de hierbas o remedios obtenidos de la naturaleza) y una medicina mágico-religiosa, que recurrió a los dioses e ídolos para intentar comprender lo inexplicable que parecía todo.

La evolución de la medicina en las sociedades antiguas encontró su máxima expresión en las primeras civilizaciones humanas: Mesopotamia, India, Egipto, China y América precolombina.

Jugaron un papel determinante en la evolución de la medicina la India, el continente europeo, China, períodos tales como, el Renacimiento, el siglo XVII, la Ilustración y el siglo XX.

1.1. Metodología de la Investigación.

Métodos y Herramientas:

El método para la obtención del conocimiento denominado científico es un procedimiento riguroso, de orden lógico, cuyo propósito es demostrar el valor de verdad de ciertos enunciados, la palabra método está dividida en su origen en vocablos tales como: *meth*, que significa meta, y *odos*, que significa vía. Por tanto, el método es la vía para llegar a lograr o conseguir una meta determinada.

En este trabajo los métodos o vías que empleamos para lograr nuestro objetivo trazado desde el punto de vista investigativo fueron:

- 1- **Método lógico-deductivo:** Mediante este se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios

valorativos que llevan a deducciones sobre el comportamiento del fenómeno en cuestión.

- 2- **El método histórico:** Se establece para conocer la evolución y desarrollo del objeto o fenómeno de investigación, pues se hace necesario revelar su historia, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales.
- 3- **Método sintético:** Con él, hemos relacionado hechos aparentemente aislados y podemos gracias a él, formular teorías que unifican los diversos elementos.
- 4- **Método analítico:** Su uso nos permitió distinguir los elementos de un fenómeno y se procede a revisar ordenadamente cada uno de ellos por separado. Consiste en la extracción de las partes de un todo, con el objeto de estudiarlas y examinarlas por separado, para ver, por ejemplo las relaciones entre las mismas.

TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN:

La técnica es indispensable en el proceso de la investigación científica, ya que integra la estructura por medio de la cual se organiza la investigación, La técnica pretende los siguientes objetivos:

- Ordenar las etapas de la investigación.
- Aportar instrumentos para manejar la información.
- Llevar un control de los datos.
- Orientar la obtención de conocimientos.

La entrevista.

La entrevista es una técnica de recopilación de información mediante una conversación profesional, con la que además de adquirirse información acerca de lo que se investiga, tiene importancia desde el punto de vista educativo; los resultados a lograr en la misión dependen en gran medida del nivel de comunicación entre el investigador y los participantes en la misma.

La encuesta.

La encuesta es una técnica de adquisición de información de interés sociológico, mediante un cuestionario previamente elaborado, a través del cual se puede conocer la opinión o valoración del sujeto seleccionado en una muestra sobre un asunto dado.

En la encuesta a diferencia de la entrevista, el encuestado lee previamente el cuestionario y lo responde por escrito, sin la intervención directa de persona alguna de los que colaboran en la investigación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

1.2. Orígenes de la Ética Médica.

La idea de una ética médica existe desde tiempos precristianos en que el griego Hipócrates, nacido en el año 460 antes de Cristo, habló de los deberes éticos de los médicos y los plasmó en lo que se conoce como el juramento hipocrático. Es un juramento en que los médicos se comprometen a actuar ética y honestamente con sus pacientes.

El primer código de ética se publicó en el siglo V con el título de Formula Comitum Archiatrorum, al cual siguieron escritos de médicos musulmanes como Ishaq ibn Ali al-Ruhawi que escribió el primer libro de ética médica "La conducta del médico" y Muhammad ibn Zakariya ar-Razi, así como pensadores judíos como Maimónides, y escolares católicos como Santo Tomás de Aquino.

A finales del siglo 18, la ética médica se estructura más, y el inglés Thomas Percival publica en 1794 un código de ética en que aparecen los términos de ética y jurisprudencia médicas, pero hay autores de hoy, que consideran que el código de Percival sobreprotegia al médico Berlant, Jeffrey (1975). *Profession and monopoly: a study of medicine in the United States and Great Britain.* University of California Press.

En 1815, el parlamento inglés propone la primera ley que exige una enseñanza formal de medicina y plantea una reglamentación ética de la profesión médica. En 1847, la American Medical Association adopta su primer código ético que se inspira en la ética médica católica, pero que sufre cambios y reconfiguraciones en el siglo 20 (décadas 60 y 70) utilizando un enfoque más liberal. A partir de entonces, la ética tiene una importancia creciente en la medicina contemporánea lo cual ha llevado a la creación de comités de ética institucionales que se encargan de evaluar y vigilar cualquier experimento en que participan seres humanos.

Existen ya casos bien conocidos en que no se ha respetado la ética médica y que apoyaron la necesidad de que el Instituto Nacional de Ciencias Médicas y Nutrición Salvador Zubirán tuviera, desde el año 1977, un Comité Ético que

revisa y aprueba todas las investigaciones médicas que va a realizar. Actualmente, uno no debe participar en estudios médicos que no hayan sido aprobados por el comité de ética institucional.

1.3. Concepto y principios de la ética médica.

La ética es la ciencia del comportamiento moral del ser humano, para adecuarlo al bien del universo, de la sociedad y del individuo. Se ocupa de las normas de la conducta humana y de la moral.

Compete a los actos humanos y los califica como buenos o malos, a condición de que ellos sean libres, voluntarios y conscientes.

Se relaciona la ética al cumplimiento del deber (deber o no deber hacer).

Pertenece al campo del entendimiento, la conciencia o lo espiritual.

Dentro de ella está, la Ética Médica, que es una disciplina que se ocupa del estudio de los actos médicos desde el punto de vista moral y que los califica como buenos o malos, a condición de que ellos sean voluntarios y también, conscientes y que pueden ser frente al paciente (Ética Médica Individual), frente a la sociedad (Ética Médica Social), en su vida privada (la Ética General).

Según la ética médica, el acto médico no sólo debe evaluarse en lo relativo al paciente, a la salud pública, al laboratorio clínico, a la patología, a la medicina legal, a la investigación biológica, etc, pues entre los defectos que tuvo la ética tradicional, la hipocrática, tenemos, que redujo su campo de acción a lo que hiciera el médico, al lado del lecho del enfermo o en el quirófano.

Entre los requisitos para ser determinada la infracción a la ética médica, está el conocimiento del sistema ético por el médico, es decir, la estructura sobre la cual debe modelar su actuar.

Dentro del campo ético encontramos tres principios, que vienen a ser la norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta y actualmente estos hacen las veces de leyes morales en ética médica.

Principio de Autonomía: No fue contemplado en el Juramento hipocrático pero trajo una verdadera revolución en el ejercicio profesional, de la cual muchos

médicos y muchos pacientes no han hecho aún conciencia. Por supuesto que durante el acto médico la autonomía tiene que ver con la del paciente y no con la del médico.

Principio de Beneficiencia – No maleficiencia: Beneficiencia es **actuar** para prevenir el daño, o para suprimirlo, o para promover el bien. De esa manera se ayuda al "otro", ayuda que simboliza el humanitarismo que ha caracterizado a la medicina desde sus inicios.

Principio de Justicia: Se refiere a la justicia individual o particular, en el marco de la atención de la salud, justicia hace referencia a lo que los filósofos llaman "justicia distributiva", cuya vigencia debe responder el Estado. Es sabido que el concepto teórico de justicia sigue siendo discutible en el ámbito socio – político contemporáneo. Desde la perspectiva de la justicia distributiva se acepta que no sólo la sociedad tiene la obligación moral de proveer o facilitar un acceso igualitario a los servicios de salud, sino que además todo individuo tiene el derecho moral a acceder a ellos.

1.4. Preceptos del Código de Ética Médica en Ecuador.

Existe un Código de Ética Médica en Ecuador que fue aprobado por la Asamblea Médica Nacional, celebrada en la ciudad de Cuenca el 18 de diciembre de 1985, y que estableció los deberes y derechos del médico. Entre ellos:

Deberes con los organismos de la Federación, Deberes con la sociedad, Deberes con los colegas médicos, De las juntas médicas, Deberes con el Estado, De los honorarios médicos, Del secreto profesional, De los especialistas, De los anuncios profesionales y de la propaganda, Deberes con los enfermos, entre otros, sobre estos últimos se deja claro que cuando el médico atiende un paciente, debe proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud, llevar una ficha clínica donde registra la evolución del estado de salud; solicitar únicamente las citas, exámenes complementarios y tratamientos estrictamente necesarios para seguir el curso de la enfermedad; en casos graves o de incurabilidad, el médico debe avisar oportunamente a los familiares y al enfermo; todo tratamiento que conlleva riesgos requiere de una previa autorización del enfermo o de sus familiares; todo procedimiento clínico o

quirúrgico complejo, así como la anestesia, deben practicarse en centros y con los elementos técnicos adecuados para el procedimiento.

El médico debe atender el paciente que presenta cronicidad o incurabilidad; debe respetar las creencias religiosas del paciente; debe informar el paciente o los familiares sobre el diagnóstico refiriéndose únicamente a la enfermedad encontrada.

De la eutanasia

El médico no puede abreviar la vida del enfermo; si se establece la muerte cerebral, no son necesarias las acciones excepcionales para prolongar las manifestaciones vitales; en caso de situaciones insalvables o incompatibles con la dignidad de la persona, el médico y los familiares pueden decidir suspender los procedimientos extraordinarios.

Normas esenciales para el mantenimiento de la dignidad profesional

El médico no puede proyectar o televisar asuntos científicos ante personas ajenas a la medicina, con fines comerciales, desviar enfermos de hospitales a consultorios particulares o clínicas; obtener beneficios de la venta de muestras médicas; establecer consultorios en farmacias, en locales comerciales o en locales comunicados con ellos; prestar sus servicios profesionales no encontrándose en condiciones psicofísicas satisfactorias o bajo la acción de bebidas alcohólicas; dar consultas e indicar tratamientos por correspondencia o por cualquier otro medio de comunicación oral o escrita a quien no se hubiere examinado y cuya historia clínica no se conozca; y, dar informes tendenciosos, otorgar certificados o fórmulas de complacencia y expedir certificados sin examen previo; deberá evitar las exploraciones clínicas o los tratamientos de sus familiares íntimos.

Se establecen además especiales regulaciones sobre la ética médica en el aborto terapéutico, para la planificación familiar y esterilización, para la muerte, los injertos y trasplantes de órganos, tejidos o partes del organismo humano.

De la investigación y actualización médica

El médico tiene la obligación de colaborar en la investigación científica en salud, así como el desarrollo de nuevas técnicas y métodos para la protección, recuperación y rehabilitación de los pacientes; la investigación y experimentación en humanos sólo será realizada por médicos capacitados con el consentimiento escrito de la persona sujeta a dicha investigación o experimentación; el médico tiene la obligación permanente de actualizar sus conocimientos para la práctica de su profesión; el médico debe evitar el uso exagerado de medicamentos y priorizar aquellos cuya validez haya sido totalmente comprobada; el médico debe solicitar al paciente únicamente los exámenes auxiliares del diagnóstico y tratamiento estrictamente necesarios; en caso de que el uso de un medicamento o un tratamiento médico produzca reacciones adversas, el médico debe comunicar lo sucedido al paciente y evitar cobrar los honorarios que la reparación demanda. Además que existe una Ley de la Federación médica ecuatoriana para el ejercicio, perfeccionamiento y defensa profesional (Decreto Supremo No. 3576-A), y en su artículo 1 establece que la Federación Médica Ecuatoriana para el ejercicio, perfeccionamiento y defensa profesional, como una persona jurídica de derecho privado, integrada por **todos** los médicos que ejerzan legalmente su profesión en el Ecuador, **quienes obligatoriamente deberán afiliarse a uno de los Colegios Médicos Provinciales**, previo el cumplimiento de la Medicatura Rural y la inscripción del título en el Ministerio de Salud.

Nota:

El texto resaltado en negritas ha sido declarado inconstitucional, en virtud del fondo, por la Res. 0038-2007-TC (R.O. 336-2S, 14-V-2008).

Hay que señalar que en el Ecuador, legalmente no existía con anterioridad a la formulación del delito de Homicidio culposo por mala práctica profesional, obrante en el artículo 146 del COIP; una reglamentación penal detallada sobre la mala práctica médica, pero que puede incluir también a otros profesionales de

diferentes áreas y no únicamente a los médicos, dígase arquitectos, ingenieros civiles, jefes de protección física, conductores profesionales, etc. Anteriormente, el proyecto presentado por el entonces legislador, Dr. Gil Barragán Romero en la década de los 80, sobre este punto, fue duramente criticado, especialmente por la clase médica ecuatoriana, y no fue aprobado por la legislatura, pero hoy el Código Orgánico Integral Penal, que entró en vigor el 10 de agosto de 2014, lo contiene, a pesar de igualmente abundantes y disímiles protestas, ante esto y desde que era solo anteproyecto, los médicos del país han protestado, señalando que están en desacuerdo con que se trate: “La práctica médica como delito” y, es así que el Colegio Médico del Guayas, y todas las asociaciones médicas, ha realizado un plantón en rechazo al nuevo Código Orgánico Integral Penal, manifestando: “Hemos entregado una propuesta para que sea considerada en la Asamblea para que la práctica médica sea juzgada por el organismo rector que es el Ministerio de Salud, y que sea incluida en el Código de la Salud”, indicó el Dr. Francisco Vera, vicepresidente del gremio de médicos de dicha provincia.

Pero en cuanto a esta opinión, debemos desplegar la nuestra, y es que la responsabilidad médica, es una parte de la responsabilidad en general, aun cuando las acciones de los profesionales del arte de curar, la Constitución de la República del Ecuador, lo contempla con especial interés, de tal manera que la responsabilidad profesional de los médicos, implica la obligación de éstos de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en su práctica profesional, siempre que la naturaleza y resultados de estas acciones u omisiones, sean contrarios a sus deberes, pudiendo adquirir a veces relevancia jurídica, que incluye: responsabilidad penal, civil y administrativa.

1.5. Base constitucional sobre la responsabilidad profesional médica:

Podemos encontrar los Arts. 32, 52, 54, 66 Nos. 1, 2 y 3, 83 No. 12, 85, 358, 359, 362, 363, 424, 425 de la Constitución de la República, entre otros.

Para el tema que estamos tratando, es fundamental el Art. 54, de la Constitución de la República del Ecuador, que señala: *“Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán*

responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore, Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio". La legislación sobre la salud en el ordenamiento ecuatoriano, consta con detalle en las páginas 25 a 47 del Primer Tomo de la Obra de la autoría del Dr. José García Falconí, titulada La Responsabilidad Médica en Materia Civil, Administrativa y Penal y El Derecho Constitucional A La Salud, en dos tomos.

Como es de conocimiento de la mayoría, varias son las causas que contribuyen al inicio de procesos judiciales por: *impericia, imprudencia y negligencia médica*, por lo que la doctrina señala que en estos casos, ha de procederse con una justa reparación, además de que se prive al profesional del ejercicio de la medicina, a fin de que no siga causando daños irreparables por *su impericia, imprudencia y negligencia en el ejercicio de su profesión*, especialmente cuando pone en riesgo la integridad o la vida de las personas.

Recordemos que Responsabilidad viene del latín **respondere**, que quiere decir estar obligado, o sea, es la obligación de satisfacer cualquier daño o perjuicio.

Esta obligación de brindar seguridad y, de prevenir los daños, es una manifestación positiva de lo que se ha dado en llamar los últimos años y, que hoy hace enfoque la actual Constitución de la República: *la protección a la dignidad humana*, lo cual está garantizado en varios artículos de nuestra Constitución e inclusive en el Preámbulo.

De este modo queda claro que responsabilidad es la obligación de asumir las consecuencias de un acto o de un hecho, que se llevó a cabo o se ejecutó con anterioridad; es también la capacidad de las personas para entender lo que hacen y conducir sus actos, dirigir su conducta y en derivación, poder asumir las consecuencias de su actuar, siempre que haya actuado consciente y voluntariamente, o sea, es el deber de responder y existe siempre que lo presupone un daño causado de modo injustificado.

Así la teoría de la responsabilidad, se asienta en una teoría de previsiones, pues al lado de la virtud de haber podido prever, que configura la **culpa, la imprudencia y el descuido**, se ubica un efectivo haber previsto, que importa el **dolo**; de tal manera, que en uno y otro caso, es del resultado externo o sea la producción del daño; que puede ser deducida la responsabilidad, implicando la culpabilidad, que es el fundamento de la responsabilidad; y en el derecho civil una persona es responsable cuando está obligada a indemnizar un daño, en materia penal lo es, cuando tiene alcanzada la edad legalmente establecida para dirigir su conducta y el alcance de sus actos, tiene capacidad mental y además ha cometido el hecho delictivo.

Error honesto y culposo en la responsabilidad médica:

Es indudable, que hay que considerar, que el ejercicio de la medicina, es una mezcla de ciencia no exacta y de arte, donde el médico, antes que todo, como ser humano, está sujeto a las limitaciones propias de la condición humana, con sus imperfecciones, deficiencias y contradicciones, por lo que es menester distinguir cuándo se habla de error médico y, cuándo estamos ante a la mala práctica médica, para esto cabe además distinguir entre el **error honesto**, donde sucede un accidente imprevisible, y el **error culposo**, que provoca daños que podrían y deberían ser evitados.

Conforme señala la doctrina hay una diferencia entre **error honesto y un error culposo**, que es el resultado de un accidente imprevisible; un **error culposo**, donde resultan daños que podían y debían haber sido evitados; y la **mala práctica**, que es el uso de la medicina para atentar contra la dignidad del ser humano, esto está especialmente protegido en un Estado constitucional de derechos y justicia, tal y como señala el Art. 1 de la Constitución de la República.

Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina:

El tratadista Roberto Vásquez Ferreira, en su obra “Daños Y Perjuicios En El Ejercicio De La Medicina”, primera edición colombiana, de 1993, dice: *“En materia de responsabilidad médica y como regla general el interés último que da sentido a la obligación es la curación, alivio o mejoría del paciente, mientras que*

el interés primario consiste en la actividad profesional técnica y científicamente diligente, base ésta última para que el deudor quede liberado, pues a él no le es elegible el fin último (...), en suma: la prueba de la culpa del autor solo será exigida cuando la ley, expresa o implícitamente no disponga lo contrario”.

Es de destacarse que se ha hecho una práctica que la jurisprudencia se manifieste en el sentido de atenuar la responsabilidad médica, pues, como regla, los médicos asumen obligaciones de medios y no de resultados, así por ejemplo el médico contrae una obligación de medio, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder a favor de la salud del enfermo, cualquier intervención sobre el cuerpo humano presenta riesgos imprevisibles o inevitables, eso es obvio y admitido por mayorías, pues la más inocente cirugía o proceder médico, siempre puede arrostrar consecuencias inesperadas. Las reacciones del organismo, si bien suelen responder a un patrón de conducta, siempre pueden presentar un inestimable, que conlleva a determinados resultados, por ello podemos decir que, como regla general, los casos en los cuales un profesional médico ha sido civilmente o penalmente condenado, son aquellos en los cuales las circunstancias y el material fáctico revelan una conducta intolerable por parte del profesional, siendo dicho accionar, repudiado por el mínimo sentido común”.

La responsabilidad médica es difícil de demostrar, especialmente en materia penal y, más difícil aún, en materia administrativa, en la que se señala que los Tribunales de Honor de los Colegios Médicos, actúan con **“fraternidad profesional”**, que sabemos que protegen algunas conductas médicas; aunque hay que reconocer que igual cosa sucede en otras profesiones liberales.

En materia penal, se aprecia que no está expresamente tipificada o descritas, la impericia, la imprudencia o la negligencia médicas.

Deberes y derechos del paciente:

El paciente debe con respecto al médico, suministrar la información precisa y completa sobre su estado de salud; informar cualquier cambio en su estado de salud; informarle cuando no entiende claramente la explicación de su enfermedad, medicación y tratamiento; cumplir con el tratamiento y

recomendaciones realizadas por el médico; y, exigir que se cumplan sus derechos.

La ley de derechos y amparo al paciente, publicada en el Registro Oficial No. 626 de 3 de febrero de 1995, en sus Arts. 2 al 6 establece los derechos del paciente, que son:

El derecho a una atención digna, de tal modo que el paciente debe ser atendido oportunamente en el servicio de salud, de acuerdo a la dignidad que merece, y a ser tratado con respeto, cortesía y esmero; el derecho a no ser discriminado por razones de: sexo, raza, edad, religión, condición social y económica; el derecho a la confidencialidad de toda consulta, examen, diagnóstico, discusión e información médica; el derecho a la información en todas las etapas de atención al paciente; esto es: el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, los riesgos de los medicamentos; todo esto explicado en términos que el paciente pueda entender y, estar habilitado para tomar una decisión sobre el proceso a seguirse; tiene derecho también a que el servicio de salud le informe sobre quién es el médico responsable de su tratamiento; el derecho a decidir si acepta o declina el tratamiento médico; pero el servicio de salud tiene la obligación de informar al paciente sobre las consecuencias de esa decisión; y, también el Código Orgánico de la Salud en el Art. 7, se refiere a los derechos de las personas en relación a la salud.

Deberes y derechos del médico.

En el capítulo Tercero del Código de Ética Médica, los Arts. 6 al 24, señalan los deberes y derechos del médico para con los enfermos, y estos son los siguientes:

Desde el momento en que el médico es llamado para atender al enfermo se hace responsable de brindarle todos los cuidados médicos que se requieren para mejorar su salud, teniendo como responsabilidad primordial conservar la vida del enfermo; es obligación del médico llevar la ficha clínica de cada uno de sus pacientes, así como registrar la evolución constante de los mismos; cuando no exista otro médico en la localidad en que ejerce su profesión y, en los casos de suma urgencia o peligro mediato para la vida del enfermo, el médico debe acudir

al llamado sin motivo de excusa; en casos graves o de incurabilidad, el médico debe avisar oportunamente a los familiares y al enfermo; el médico tiene el deber de dar asistencia médica a los pacientes que sufren incurabilidad o cronicidad; debe respetar las creencias religiosas e ideológicas del enfermo; el médico no realizará ninguna intervención quirúrgica o tratamiento sin previa autorización escrita del enfermo o de sus familiares, a no ser en caso de emergencia comprobada; el médico debe informar al paciente o a los familiares, sobre el diagnóstico, refiriéndose exclusivamente a la enfermedad encontrada; todo procedimiento clínico o quirúrgico complejo, así como la anestesia, deben practicarse en centros hospitalarios y, con los elementos clínicos adecuados para el procedimiento.

RESULTADOS:

El proyecto investigativo en esta fecha aún no ha terminado, pero si hemos preparado hasta donde ha avanzado, el contenido de esta ponencia, y sobre ello hemos podido aportar resultados, basados en el análisis histórico, documental y lógico, es así que mostramos como resultados los siguientes:

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, vigente en la actualidad, establece varias figuras delictivas que son susceptibles de poder ser cometidas por profesionales de la salud en ocasión de mala práctica médica o no, esta afinidad o susceptibilidad, la establece entre otros aspectos, primero, la tipicidad de la conducta, cuyos elementos están descritos perfectamente en estos tipos penales, luego por la clasificación de especialidad del sujeto activo, o sea, en muchos casos solo pueden cometerlos profesionales de la salud, y no cualquier persona; en otras ocasiones ocurre, porque la naturaleza del delito mismo, es susceptible de ser cometida por este tipo de profesionales, en fin, son muchas las características que pueden definirse como denominador común de ellos.

Por ejemplo, hemos de mencionar varios delitos establecidos en la Sección Tercera Artículo 95, prevé el delito de Extracción y tratamiento ilegal de órganos y aunque tenga conocimiento y técnica un profesional de la salud para llevar a cabo estos actos, acá estaríamos en presencia de delitos cometidos con dolo y no con culpa y cuyo sujeto activo puede cometerlo cualquier persona sea o no,

profesional de la salud, sin embargo, exactamente en el último párrafo de este tipo penal, se hace especial referencia a: “*Si la persona que comete la infracción es un profesional de la salud, quedará además inhabilitado para el ejercicio de su profesión por el mismo tiempo de la condena, una vez cumplida ésta*”, esto obedece a que además de ser un delito cometido de modo doloso, su elemento típico constante en cualquiera de sus modalidades, es proceder sin la debida autorización legal para hacerlo, segundo, que implica una elevada peligrosidad social, presente tanto en los hechos, como en el autor mismo de ellos, y por ende proporcionalmente, ha de condenársele con severidad.

Si además fuese un profesional de la salud el que lo cometiere, al que la sociedad le ha depositado la fe y la confianza de actuar y poder influir sobre el estado de salud de las personas, que ha hecho un juramento hipocrático, al que un individuo le ha puesto en sus manos la posibilidad de proceder con respecto a su salud, a su integridad corporal y su vida, y traicione a este punto todo esto, es obvio que sea necesario que tome parte el Derecho Penal, aun cuando uno de sus principios instructores sea, el de *ultima ratio* y esto signifique, que intervendrá en la sociedad y en el ordenamiento jurídico imperante, el Derecho Penal, lo menos posible, y solo actuará cuando ninguna otra rama del derecho sea capaz de resolver el dilema legal que se ha presentado ante él, basados en la gravedad del hecho, del actuar del individuo, los bienes jurídicos dañados o puestos en peligro, y su nivel de prelación, la conmoción social causada y por ende, el reproche social ganado, serán factores determinantes para justificar la debida y acertada intervención del Derecho Penal, así mismo una vez sancionado con la sanción principal de privación de libertad es dable en derecho que se le fije la sanción accesoria de inhabilitación de su título profesional y de la posibilidad de ejercer su profesión durante determinado tiempo, pues esta sería la fuente de que proviene la posibilidad de ejercer maliciosa o indebidamente su profesión.

Este es el mismo caso de todas las figuras delictivas que a continuación referiremos.

Entre ellas están: el delito de Tráfico de órganos previsto en el art. 96 “Tráfico de órganos, en el que incurre *la persona que, fuera de los casos permitidos por la*

ley, realice actos que tengan por objeto la intermediación onerosa o negocie por cualquier medio o traslade órganos, tejidos, fluidos, células, componentes anatómicos o sustancias corporales, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años”.

El de Publicidad de tráfico de órganos.(art. 97), “ *La persona que promueva, favorezca, facilite o publicite la oferta, la obtención o el tráfico ilegal de órganos y tejidos humanos o el trasplante de los mismos será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años”.*

El art. 98 establece la Realización de procedimientos de trasplante sin autorización. “*La persona que realice procedimientos de trasplante de órganos, tejidos y células, sin contar con la autorización y acreditación emitida por la autoridad competente, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si los componentes anatómicos extraídos o implantados provienen de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad o adultos mayores, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”.*

Luego encontramos en el capítulo segundo, los delitos contra los derechos de libertad, y en su sección primera, están los delitos contra la inviolabilidad de la vida, entre ellos se regulan figuras tales como: el Homicidio culposo, del art. 145, cuya letra es: “*La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.* Observemos en este puede incurrir cualquier persona que haya actuado y este actuar sea demostrable en derecho, culposa, o imprudentemente, su marco penal sancionador, discurre de 3 a 5 años de privación de libertad, sin embargo, toda vez que en materia penal rige el principio de que “*lo especial prima sobre lo general”*, ha tenido a bien, el legislador ecuatoriano, crear un tipo penal específico, para el profesional que produce homicidio a raíz de mala práctica, y así estableció el art. 146, con el delito de Homicidio Culposo por mala práctica profesional, en el que incurre la persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, resultando sancionada con pena privativa de libertad de *uno a tres años*, así como se prevé que el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Y se dice que dicho sujeto activo será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones *innecesarias, peligrosas e ilegítimas*.

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

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

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

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

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

Razonemos, es mucho más benigna en primer lugar, la sanción a imponerse en caso de que la muerte de otra persona se produzca por el actuar de un profesional, en el caso que nos ocupa analicemos médico, segundo, su tratamiento es diferenciado ostensiblemente de cualquier otra culpa o imprudencia llevada a cabo por cualquier otra persona que derive el mismo resultado de muerte, pues se establece taxativamente qué parámetros deben tenerse en cuenta para poder establecer cuándo estaríamos ante un deber objetivo de cuidado infringido, y por ende los requisitos para que se integre la tipicidad del delito en cuestión es mucho más trabajada y exigente, para poder determinarse que de hecho, se integraría este tipo penal.

Más adelante encontramos figuras delictivas como: el aborto con muerte (art. 147), en este caso puede participar un médico o un profesional de la salud y cualquier otra persona también, la gravedad mayor radica en que los medios empleados para hacer abortar a la mujer en cuestión le causen la muerte, con una pena de 7 a 10 años de privación de libertad, si dio su consentimiento la mujer y con una sanción de 13 a 16 años de privación de libertad si ocurrió sin

el consentimiento de ésta, es de observar que en este delito se agrede un bien jurídico muy importante, la vida, pero para dos personas diferentes, la mujer y su feto.

Luego se prevé el Aborto no consentido, (art 148), en este se sanciona de 5 a 7 años de privación de libertad a la persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa y además está el Aborto consentido, (art. 149), en el que incurre la persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, y será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años de privación de libertad.

Está también un aborto que excluye la punibilidad, o sea, excluye la sanción, como uno de los elementos integrantes de la estructura del delito y es el caso del (art. 150), Aborto no punible, aquí se dice que, *“El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:*

- 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.*
- 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental”.*

Más adelante en este cuerpo legal encontramos la Sección Segunda con los Delitos contra la integridad personal y dentro de ellos puede que alguna de estas figuras delictivas sean cometidas por un profesional de la salud, entre ellas está:

Lesiones, (art. 152) protege la integridad corporal, física, fisiológica y mental de las personas y se sanciona gradualmente, según la gravedad, intensidad, trascendencia o permanencia de las lesiones causadas, lo puede llevar a cabo cualquier persona pues tiene en su configuración legal un sujeto activo general, estableciendo al final de este tipo penal, la salvedad de que si la lesión es causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos

previstos, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso, así mismo, dispone que para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146, ya aquí comentado, obviamente tienen deber objetivo de cuidado, determinados profesionales de la salud durante el ejercicio de sus actividades médicas.

Y como causa de exclusión de la punibilidad se establece que *“No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente”*.

Seguidamente encontramos en el Capítulo Tercero, los Delitos Contra los Derechos del Buen Vivir y en su Sección Primera, están los Delitos contra el derecho a la salud, es así que se prevé en el art. 214, la Manipulación genética, en el que incurre *“la persona que manipule genes humanos alterando el genotipo, con finalidad diferente a la de prevenir o combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”*.

“La persona que realice terapia génica en células germinales, con finalidad diferente a la de combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que genere seres humanos por clonación, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años”.

“Artículo 215.- Daño permanente a la salud, “La persona que utilice elementos biológicos, químicos o radioactivos que causen un daño irreparable, irreversible o permanente a la salud de una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Así mismo, le suceden una serie de tipos penales igualmente susceptibles de ser cometidos por un profesional de la salud , tales como el de Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados (Artículo 217), cuya letra establece que: *“la persona que importe, produzca, fabrique, comercialice, distribuya o expendá medicamentos o*

dispositivos médicos falsificados o que incumpla las exigencias normativas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

“La persona que expendá o despache medicamentos caducados y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses.

Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con una multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma”. (Análcese que este es el caso en que puede incurrir como persona jurídica, empresa, compañía, una clínica, un hospital, una farmacia, etc).

Además está el Artículo 218 con el delito de Desatención del servicio de salud, en este incurre la persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal.

En seguida, encontramos el delito de Prescripción injustificada (art. 224), *“La o el profesional de la salud que, sin causa justificada, recete sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años”.*

“Si prescribe la receta a una o un incapaz absoluto, mujeres embarazadas, discapacitados o adultos mayores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

Hasta aquí el análisis realizado a cada una de las figuras delictivas en que puede incurrir un profesional de la salud en el ejercicio de su profesión, análisis que nos lleva a revelar como adecuado que en caso de que amerite la intervención penal y aun excepcionalmente, deba intervenir esta rama del derecho en defensa y protección a los derechos de los ciudadanos que protege y en la facultad de castigar a los ciudadanos que quebrantan estos derechos, deba hacerse, pues es adecuado, pretender eliminar estos tipos penales, susceptibles de ser cometidos por profesionales de la salud, además de significar desproteger a la sociedad y a los bienes jurídicos atinentes al caso, tales como vida, salud, integridad corporal, también significaría eliminar otros tipos penales, tales como: **el peculado, la concusión, el cohecho, el prevaricato, el enriquecimiento ilícito**, que tienen como factor común, que todos son cometidos por sujetos activos específicos, especiales o determinados, según la clasificación doctrinal y que constituyen armas de defensa social en contra del actuar delictivo de estas especiales personas, lo mismo ocurre con el profesional de la salud que en su actuar indolente, imprudente o negligente, quebrante los bienes jurídicos especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico penal de cualquier país.

CONCLUSIONES:

PRIMERA: Que es obviamente regulable en materia penal los comportamientos extremos y penalmente relevantes, por la transgresión también grave, que producen a bienes jurídicos tan importantes en este mismo orden, como la vida, la salud, la integridad corporal, algunos profesionales de la salud, por ende, concluimos que los casos de tipos penales previstos en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, justifican la intervención del Derecho penal y lo convierten en una intervención legítima.

SEGUNDA: Que es obligación del Estado Ecuatoriano, conservar y proteger los bienes jurídicos de sus ciudadanos y en uso de la facultad del *ius puniendi*, de que es titular, puede justificadamente ejercer el control social que implica y lleva consigo el Derecho Penal, estando justificado fáctica y legalmente, que prevea tipos penales para los casos en que el actuar médico trascienda por mala práctica, ya sea intencional, indolente, o negligente, para eso prevé delitos comunes y otros especiales como los que en este texto tratamos.

TERCERA: Que el ordenamiento jurídico penal de cualquier país y en específico, el Ecuatoriano, responde por igual, a los intereses de todos sus ciudadanos, entre los que están, los profesionales y los que no lo son, y este es un deber que cumple con el análisis antes mostrado, que está obligado a proteger a la mayoría de sus ciudadanos del ejercicio indolente, culpable, imprudente o negligente, de cualquiera de los profesionales que también son ciudadanos ecuatorianos.

CUARTA: Que del análisis antes realizado entendemos que aún son en extremo benignas e incluso desproporcionadas en ocasiones, las sanciones penales y el tratamiento penal previsto para el caso en que algún profesional de la salud incurra en determinados delitos como los ya analizados, pues en dependencia de la calificación legal dada a su actuar demostrable y punible, existen casos que ameritan mayor severidad tanto en la extensión e intensidad y naturaleza misma de la sanción principal como de las accesorias a imponerse en cada caso por el tribunal competente.

QUINTA: Que solo luego de un exhaustivo análisis jurídico-práctico de los casos a colación y después de despejada la posible aplicación de toda la normativa civil y administrativa, capaz de responder adecuadamente a las infracciones o faltas en el actuar de un profesional de la salud, será que vendrá a intervenir el Derecho Penal, solo para los casos más graves y de mayores consecuencias sociales, previa integración obviamente del tipo penal en cuestión, que ajustado a las garantías y derechos fundamentales asegurados para el procesado, no serían el proceso penal en cuestión, violatorio de derecho alguno con respecto al profesional de la salud procesado.

REFERENCIAS:

Camacho, A. (2003). Manual de Derecho Procesal, Tomos I-V. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Carhuatocto Sandoval, H. (2010). La Responsabilidad Civil de los Hospitales. Lima: Juristas Editores E.I.R.L.

Garay, O. E. et alii. (2003). Responsabilidad Profesional de los Médicos. Buenos Aires: La Ley.

Montanelli, N. (2007). Mala Praxis en la Cirugía Plástica. Buenos Aires: Ed. García Alonso.

Yépez Restrepo, S. (1992). La Responsabilidad Civil Médica. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

Artículos:

La Negligencia Y La Mala Práctica Médica En El Ecuador, posted en el 23 de septiembre de 2013 por Clemente Pérez Negrete, Artículo publicado en la Revista PODIUM, ISSN: 1390 – 5473.

Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis, Dra. Lidia Nora Iraola y Dr. Hernán Gutiérrez Zaldívar.

Leyes:

Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo # 0, Publicado: Registro Oficial # 449, 20-10-2008.

Código de Deontología Médica, Guía De Ética Médica Consejo General De Colegios Oficiales De Médicos.

Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, Diario Oficial de la República de Ecuador, Quito, Ecuador, 10 de febrero de 2014.