

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“ANÁLISIS DOCTRINAL DEL HOMICIDIO CULPOSO POR
MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL ECUATORIANO”**

Realizado por:

ANGELA MARÍA JARAMILLO NIETO

Director del Proyecto:

JOHANNA PONCE

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

Quito, Abril del 2015

DECLARACION JURAMENTADA

Yo, ANGELA MARÌA JARAMILLO NIETO, con cédula de identidad # 1712576816, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado a calificación profesional; y, que ha consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Ángela María Jaramillo Nieto

C.C.: 1712576816

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación titulado:

**“ANÁLISIS DOCTRINAL DEL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA
MÉDICA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO”**

Realizado por:

ANGELA MARÍA JARAMILLO NIETO

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

Ha sido dirigido por el profesor

JOHANNA PONCE

quien considera que constituye un trabajo original de su autora

Johanna Ponce

DIRECTORA

DEDICATORIA

A mi Madre y a mi Pa.

¡Gracias Totales!

AGRADECIMIENTO

Especialmente a mis padres: Margarita y Carlos,

A mi Ña, David y Sasha.

¡Gracias por todo su apoyo, paciencia y perseverancia!

LOS PROFESORES INFORMANTES

Los Profesores Informantes:

ABG. ESTEBAN GARCÉS

DRA. CAROLINA DORADO

Después de revisar el trabajo presentado, lo han calificado como apto para su defensa oral
ante el tribunal examinador

Abg. Esteban Garcés

Dra. Carolina Dorado

Quito, Abril del 2015

RESUMEN

El presente trabajo de investigación de fin de carrera refleja un tema de actualidad que propone un análisis doctrinal y pretende contribuir al desarrollo jurídico del Artículo 146 en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, en donde se crea un nuevo tipo penal: el homicidio culposo por mala práctica profesional. Se conceptualiza la mala práctica médica y sus elementos, la imprudencia, la negligencia, impericia y deber objetivo de cuidado de esta forma podemos llegar a la vinculación de la mala práctica médica en el Derecho Penal Ecuatoriano.

Palabras clave: DERECHO PENAL, CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, MALA PRAXIS, HOMICIDIO CULPOSO, MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.

ABSTRACT

The present investigation paper reflects a controversial subject that proposes a doctrinal analysis and pretends to contribute to the legal development of the article 146 in the Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (Criminal Code), where is a new crime: the culpable homicide for professional malpractice. Is conceptualized malpractice medical and its elements, recklessness, negligence, incompetence and duty goal of care in this way can reach the linking of medical malpractice in the Ecuadorian criminal law.

Key words: CRIMINAL LAW, CRIMINAL CODE, MEDICAL MALPRACTICE, CULPABLE HOMICIDE, PROFESSIONAL MALPRACTICE.

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
NOCIONES GENERALES	4
1.1 Antecedentes de la mala práctica médica.	4
1.2 Concepto de la mala práctica médica.	8
1.3 Mala práctica médica como delito.	10
1.4 Los elementos de la mala práctica médica.	11
1.5 La responsabilidad penal del médico.	13
CAPÍTULO II	15
ANÁLISIS DOCTRINAL DEL DELITO DE OMISIÓN Y LA MALA PRÁCTICA MÉDICA	15
2.1 Concepto de omisión.	15
2.2 Tipos de omisión.	19
2.2.1 Delitos de omisión propia.	20
2.2.2 Delitos de comisión por omisión.	22
2.2.2.1 Posición de garante.	24
CAPÍTULO III	26
OTRAS CONDUCTAS ASOCIADAS A LA MALA PRÁCTICA MÉDICA	26
3.1 Delito imprudente.	26
3.1.1 Tipo objetivo y subjetivo del injusto imprudente.	29
3.1.1.1 Tipo objetivo.	29
3.1.1.2 Tipo subjetivo.	30
3.1.2 Elementos de la imprudencia.	31
3.2 Concepto de negligencia.	33
3.3 Concepto de impericia.	35
CAPÍTULO IV	40
EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL EN EL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL (COIP)	40
4.1 La mala práctica médica en la legislación Ecuatoriana.	40
4.1.1 Antecedentes.	40
4.2 Normas conexas a la mala práctica médica en la legislación Ecuatoriana.	42

4.3 El Código Orgánico Integral Penal.	45
4.4 Propuesta y resolución interpretativa.	50
4.5 Concepto de la infracción del deber objetivo de cuidado.	56
4.6 Concepto de innecesario.	59
4.7 Concepto de peligrosidad.	60
CAPÍTULO V	65
LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y ARGENTINA	65
5.1 La mala práctica médica en la legislación Colombiana.	65
5.1.1 Ámbito civil.	66
5.1.2 Ámbito penal.	68
5.2 La mala práctica médica en la legislación Argentina.	68
5.2.1 Ámbito civil.	68
5.2.2 Ámbito penal.	70
CONCLUSIONES	73
RECOMENDACIONES	76
BIBLIOGRAFÍA	79
ANEXO	85

La responsabilidad médica es actualmente el objeto de una evolución que inquieta al médico y conduce al jurista a re-examinar elementos de solución que parecían firmemente definidos...

Penneau

INTRODUCCIÓN

En la actualidad existían normas y reglamentos que regulan el ejercicio de la profesión de todos los agentes de salud, siendo estos: médicos, odontólogos, enfermeros, etc. Con el cambio de normativas y de la sociedad ha quedado un vacío en el tema sobre la tipificación de un delito sobre la mala práctica médica, y que en la actualidad, nadie duda, que hace falta una normativa jurídica sobre la responsabilidad derivada de la provocación de resultados lesivos no deseados relacionados con el ejercicio de la actividad médica.

La investigación que se plantea, es introducir al lector dentro de un marco teórico que permita establecer un análisis doctrinal acerca del Homicidio Culposos por Mala Práctica Médica en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, que se encuentra en capítulo segundo el cual fue aprobado el 28 de Enero de 2014, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 con fecha 10 de Febrero de 2014.

El presente trabajo se refleja en el análisis específico y determinación comprensible de un Análisis Doctrinal del Homicidio Culposos por Mala Práctica Médica en el Código Orgánico

Integral Penal Ecuatoriano y un análisis al Homicidio culposo por mala práctica profesional que se regula en otros países en latinoamericano que ya incluyen este delito en la legislación vigente, por lo que se analizará la responsabilidad profesional, particularmente a los médicos y profesionales de la salud. Vale aclarar que este trabajo es completamente una recopilación de doctrinas jurídicas realizadas anteriormente por otros juristas. Se tratará el tema del significado de la mala práctica médica, cuáles son los principios o antecedentes de este tipo penal en el campo de la medicina. Enfocando de esta forma el desarrollo de este trabajo en la prevención de situaciones de riesgo a los pacientes y profesionales de la salud, para procurar un buen manejo de recursos y acciones en las áreas de la salud.

Se comparara el principal problema de la tipificación del homicidio culposo por mala práctica profesión será el sujeto activo del delito, ya que deja un tipo abierto al no establecer qué tipo de profesionales son los que desempeñan esta acción; pero en el segundo inciso están especificando que son profesionales de la salud y la inhabilitación como sanción, pero no se encuentra especificado a que tipos de profesionales se aplica este tipo penal, tampoco regula en el caso de que si solo existiera lesiones. Por lo que se comparara la legislación Argentina y Colombiana con la legislación Ecuatoriana con referencia a los elementos a la imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo de los profesionales, omisión, el deber objetivo de cuidado, intervenciones innecesarias y peligrosas.

Durante el primer capítulo se abordará un poco sobre antecedentes del mismo a lo largo de la historia, desde la más remota antigüedad hasta nuestros días, el concepto de mala práctica médica, los elementos de la responsabilidad médica como delito y la responsabilidad del médico.

En el segundo capítulo, se explicará los diferentes tipos de elementos que hallamos en una mala práctica médica, ya sea por culpa o por dolo, por negligencia, por imprudencia, por inobservancia de la ley, estos elementos se desarrollara los conceptos de los delitos omisión enfocados a la mala práctica médica, los tipos de omisión, el delito de omisión propia, sus elementos la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva, como también se explicará el delito de comisión por omisión, la posición de garante.

En el tercer capítulo se analizará antecedentes y conceptos de los delitos por imprudencia, tipo objetivo y subjetivo del injusto imprudente, los elementos de imprudencia, negligencia e impericia.

Al ser un tema de actualidad, es necesario presentar a la mala práctica médica dentro del Derecho Comparado, ya que es obligatorio conocer qué juicio tienen diferentes países que se pueden considerar más avanzados legalmente por lo que en el cuarto capítulo se desplegará la comparación de la mala práctica médica en las legislaciones Colombianas y Argentinas y en sus diferentes sus ámbitos civiles y penales, como el Ecuador desarrollo la mala práctica médica en el nuevo código orgánico integral penal, las normas conexas que se utilizan para el desenvolvimiento de los médicos en su profesión.

El quinto capítulo, analizará los elementos que componen el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, ya que es de suma importancia conocer los elementos de este nuevo tipo penal y sus significados por lo que se conceptualizará la infracción del deber objetivo del cuidado, el concepto de innecesario, concepto de peligrosidad.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1.1 Antecedentes de la mala práctica médica.

En tiempos antiguos, la mala práctica médica estaba ampliamente difundida entre los pueblos de distintas localizaciones como Mesopotamia, Egipto y otros grupos de África, Europa, Australia y América. La idea de que las enfermedades eran producidas por los castigos de los Dioses y no por causas físicas u orgánicas, por lo que las enfermedades se producían por la violación de un tabú o de alguna ley religiosa, pero en todo caso se trataba de *fenómenos sobrenaturales*. Los actos médicos eran desempeñados por mediadores entre lo divino y lo terrenal estos eran los sacerdotes, shamanes, brujos o hechiceros. En el caso de que el sacerdote no lograba restablecer los quebrantos de su paciente, no se lo podía hacer responsable de ningún tipo de acción y mucho menos aplicarle una sanción.

La sanción de la mala práctica médica empezó aplicarse hace aproximadamente 3 siglos ya que en el arcaico Código de Hammurabi, en Babilonia entre 1728 y 1686 a.c. se regulaban las

intervenciones quirúrgicas, también se encuentran fijados los honorarios por diferentes operaciones, los cuales dependían de la clase social a la cual pertenecía el paciente.

En el Código de Hammurabi se encuentran plasmadas reglas claras acerca de la responsabilidad de los médicos en el ejercicio de su profesión, en efecto se establecían así las remuneraciones de los galenos:

- Ley 215: Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y curó al hombre, o si le operó una catarata en el ojo y lo curó, recibirá diez siclos de plata.
- Ley 221: Si un médico curó un miembro quebrado de un hombre libre, y ha hecho revivir una víscera enferma, el paciente dará al médico cinco siclos de plata.

Cuando se cometía algún error profesional, la ley contemplaba penas basadas en la extrema dureza como:

- Ley 218: Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo operó de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos. (Rabinovich- Berkman R. , 1999, pp. 8-9).

En el código de Hammurabi se utilizaba concretamente la Ley del Talió¹ como por ejemplo en el caso de los médicos que cometerían un error profesional, la pena o castigo además de ser totalmente drástica también tendría una sanción pecuniaria.

En Egipto y Grecia se llegó a regular que el médico que no realizara el ejercicio de su profesión correctamente, o que cometía un error era castigado de manera severa y de una forma drástica que llegaba hasta la pena de muerte.

¹ En la cual si un hombre daña el ojo de otro, dañaran el suyo: lo que se conoce como ojo por ojo, diente por diente.

En Roma se contaba con un cuerpo jurídico denominado “Lex Aquilia” o también conocida como la Lex Artis en la cual se fijaban reglas y pautas que debían seguirse para sancionar los errores médicos, estableciendo las sanciones.

Las reglas antes mencionadas derivaban aproximadamente desde el año 467 (a.c.). Las aprobó Aquilio, llamándolas ley Aquilia (aun cuando otros analistas la ubican en el año 529 a.c.). En la cual se trataba de las sanciones con las que debían reprimirse los daños causados a los pacientes o familiares en ciertas condiciones.

“Las enseñanzas que impartió Gayo, recopiladas en los Comentarios que dan cuerpo a sus Instituciones, reconocían la preexistencia de la citada ley Aquilia y consideraba los siguientes casos:

- “Ley 211. Se entiende por matar injustamente el caso de que se matara con dolo o culpa. Ninguna otra ley ha reprendido el daño causado sin injuria, por lo que el daño que se cometa sin culpa y sin dolo malo, por mero accidente, queda impune [...]”. (Magallon, 2011).
- “Ley 213. Aquél cuyo esclavo ha sido muerto, tiene el libre arbitrio de elegir entre perseguir criminalmente a aquél que lo hubiera matado, o la acción por daño de esta ley [...]”. (Magallon, 2011).
- “Ley 223. La pena de la injuria era de acuerdo con la ley de las XII tablas; por un miembro roto (*membrum ruptum*), el talión, en cambio, por un hueso fracturado o contusionado (*os fractum aut colisum*) la pena era de 300 ases si se trataba del hueso fracturado de un hombre libre, y de 150 si se trataba del de un esclavo. Por causa de las otras injurias, en cambio, la pena fijada era de 25 ases. Y se

consideraba que estas penas pecuniarias eran suficientes en aquellos tiempos de extrema pobreza.” (Magallon, 2011).

“Ya el derecho romano establecía la culpabilidad del médico aun cuando habiendo procedido bien, los resultados fuesen negativos debido a cierto descuido, lo que podría considerarse negligencia. En el Fuero Juzgo, la condena podía quedar en manos de los familiares del enfermo perjudicado, a quienes se les entregaba en ocasiones al médico para que hiciesen justicia.” (Cillo, 2005, p. 34).

Los juicios originados en la presunta mala praxis médica tuvieron un mayor desarrollo cuantitativo, ya que una mínima cantidad de juicios se reconocieron en la primera mitad del siglo XX; pero el proceso de estos juicios fueron incrementando paulatinamente en la década de 1950. En la década de 1970 se pudo verificar un fuerte aumento en demandas en lo cual los médicos o los establecimientos determinados en el ejercicio de la salud, fueron demandados, específicamente por mala práctica médica.

Entre los años 80 y 90, fue cuando se dio un fenómeno expansivo en los juicios por mala práctica médica, dando así una expansión significativa ya que en tres décadas los médicos y los establecimientos sanitarios fueron objeto de juicios por daños y perjuicios con base en la mala praxis médica.

“La responsabilidad médica en materia de juzgamiento -desde principios de los 80 en adelante- transitó por los senderos del excesivo rigor a una gran laxitud. Así, en un principio, sólo se admitía la responsabilidad médica en casos de faltas graves, de evidentes y groseras faltas al arte de curar; más acá en el tiempo, numerosos fallos han decidido que la más leve culpa da lugar a la responsabilidad médica; pero, otros fallos, con mayor prudencia, han resuelto que el sentenciante no debe ser tan riguroso y exigente como para considerar que cualquier falla puede

comprometer la responsabilidad del médico, ni tampoco debe aplicarse un criterio excesivamente restringido para juzgar su responsabilidad.” (Garay, 2009).

El ejercicio de la medicina y demás profesiones que tienen relación a la sanidad, tienen características totalmente ajenas a otras actividades sociales ya que estas inciden directamente en la vida y en la salud e integridad corporal y psíquica de las personas y para poder cumplir con este propósito en ciertas ocasiones se utilizan medios demasiados agresivos para llegar a las mismas, precisamente para conservar la vida o restaurar la salud de sus pacientes.

“El profesional de la salud debe utilizar una actividad compleja e interdependiente, como la utilización de medios o instrumentos más eficaces pero también más agresivos al organismo humano.” (Romeo, 2002, p. 11).

1.2 Concepto de la mala práctica médica.

La Mala Práctica o Mala Praxis podría definirse como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional, causándose un daño a la salud o al buen estado del paciente. Esta rompe la confianza que el paciente pone en el profesional.

“En el caso de la mala praxis médica podríamos señalar tres conceptos:

- Deliberada mala práctica, cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación en la que sabe que se pondrá en peligro o se causará la muerte al paciente a su cargo (ej. aborto), en este caso, el elemento subjetivo de intencionalidad prevalece sobre el resultado del acto.
- Mala práctica por negligencia, que comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal o deshonesto, pero si una obvia negligencia respecto

de las necesidades del paciente (ej. administrar medicinas durante una intoxicación).

- Mala práctica por ignorancia: administración de medicinas inapropiadamente (no adecuadas o una dosis incorrecta).”(TAMAYO MARTÍNEZ, 2007).

“En el término anglosajón ‘Mal practice’ se ha definido como aquel tratamiento malo erróneo o negligente que resulta en daño, sufrimiento innecesario o muerte del enfermo, debido a ignorancia, negligencia, impericia, no seguimiento de reglas establecidas o intento criminal doloso.” (Lascariz Jimenez, 2000, p. 1).

El concepto de la mala práctica médica no ha cambiado a través de los años, como se puede demostrar con este concepto de 1687, en que la justicia inglesa define la mala práctica médica como:

“[...] Una ofensa a la ley natural (sea por curiosidad, experimentación o negligencia), que rompe la confianza que la comunidad coloca en el médico [...]”.
(Lascariz Jimenez, 2000).

En el Panel Fórum realizado en Lima en 1995, se definió mala práctica como: “la omisión de parte del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da como resultado en cierto perjuicio a éste.” (Wong, Chávez, Huaytalla, Bocanegra, & Arévalo, 1995, p. 92).

Existirá mala praxis en el área de la salud cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, siendo esta una actuación médica que no se encuentra dentro de

los conocimientos vigentes de la medicina ya se eso por ignorancia, impericia o imprudencia, provocando un daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente o inclusive la muerte; como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.

1.3 Mala práctica médica como delito.

La medicina y la práctica médica han tenido cambios durante los años volviéndose una actividad lucrativa de significativa importancia económica, ya que la salud se ha vuelto un negocio productivo y no una ayuda al paciente o más bien dicho al cliente, de esta forma se han ido creando hospitales, clínicas y consultorios sumamente costosos, tanto que la mayoría de las personas no pueden acceder a estos tratamientos. La medicina busca como orden prístino, restaurar el cuerpo y se podría decir que buscar la ‘perfección’, siendo así que el derecho al ser, una profesión que involucra a la sociedad e interesándole a ella, que debe tener normas que la regulen.

Se crea una relación médico–paciente, por lo que surgen problemas particulares, que son directamente proporcionales a la gravedad de la enfermedad que se está tratando. “Lo que está en juego no es una cosa cualquiera, ni una suma de dinero; es la salud, la integridad física y la vida misma del sujeto a tratar.” (Rabinovich- Berkman R. D., 1999, p. 20).

La responsabilidad civil se presenta en el caso de que algún paciente o allegados a él, han sufrido algún daño y se pretende obtener una compensación económica, por cualquier acto dañoso que los médicos, el personal paramédico o sanitario hayan causado.

“Cuando es por la parte penal, la lesión del bien jurídico, en este caso: la vida, la integridad y la salud física o psíquica del paciente, sin ser voluntaria, pero la responsabilidad

penal por imprudencia se fundamenta en que el autor ha infringido en su actuación determinados deberes de cuidado o diligencia, infracción, que ha conducido a la indicada lesión del bien jurídico”. (Romeo, 2002, p. 15).

Para el derecho punitivo, lo único que interesa es poder proteger a través de los delitos y las penas, los bienes jurídicos primordiales y personalísimos entre estos la vida humana y la salud, específicamente son los que se pueden ver perjudicados en el ejercicio de la actividad médica.

Al derecho penal lo que le interesa es la forma en que actuó el autor del delito y dentro de ese contexto determinar qué instrumentos o medios empleó y como lo utilizó, para realizar la acción deseada. “Ya que al Derecho Penal le corresponde la tutela de los bienes jurídicos, de los valores elementales de carácter ético-social, que resulta indispensable mantener y proteger para la continuación de la vida social”. (Künsemüller, 1986).

1.4 Los elementos de la mala práctica médica.

Los elementos del delito, como los de la mala práctica médica son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El acto es el primer elemento de hecho, inicial y básico del delito. Es la conducta humana guiada por la voluntad, el dominio que el ser humano ejerce sobre su actividad, siendo esta actividad proyectada hacia el mundo externo.

“El acto se manifiesta bajo dos formas:

- La acción: Es la modalidad característica de la gran mayoría de delitos. Es un movimiento humano externo, como un hacer perceptible sensorialmente, que causa el resultado dañoso.

- La omisión: Se manifiesta como un acto voluntario de no hacer algo, se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba. Estos delitos se incumple una norma mandatoria que imponía una obligación de hacer”. (Alban Gomez, 2011, pp. 140 - 141).

“La tipicidad, es precisamente la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley, desempeñando un papel importante ya que delimita el acto y se relaciona estrechamente con la antijuridicidad. La comprobación de la tipicidad de una conducta es el requisito básico para iniciar y continuar el proceso penal”. (Alban Gomez, 2011, pp. 155 - 156).

La antijuridicidad, es una acción o conducta contraria al orden jurídico. Lo antijurídico se da cuando la acción humana quebrante un derecho tipificado por parte del Estado y al cual se ha dado amparo penal. En definitiva cuando se lesiona un bien jurídico.

Por último, la culpabilidad, siendo el cuarto elemento de la estructura de delito, es: la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta.

“La *culpabilidad* tiene dos formas: El dolo y la culpa. La primera es *intención*, la segunda, *negligencia*. Ambas tienen por fundamento la voluntad del sujeto activo. Sin *intención* o sin *negligencia* no hay *culpabilidad*, y sin ésta, no hay delito, por ser la culpabilidad elemento del delito”. (Machado, 2009).

1.5 La responsabilidad penal del médico.

“La responsabilidad legal está constituida por la necesidad jurídica y social de que todo médico responda ante las autoridades competentes y legalmente constituidas, de los perjuicios causados por daños cometidos con sus actos u omisiones voluntarios o involuntarios en el ejercicio de su arte, ciencia, oficio y profesión, contra las reglas legalmente establecidas”. (Royo Vilanova, 1955, pág. 2).

Puede haber diferentes tipos de responsabilidad según el derecho que fuese afectada, entre ellas la responsabilidad penal, civil o administrativa, etc. En cambio la culpa es totalmente lo contrario ya que no requiere voluntad, conocimiento o intencionalidad, alcanzando así la impericia o la negligencia.

La actividad médica tiene como finalidad buscar el total beneficio del paciente, por lo que el objetivo de la relación médico- paciente es curar al enfermo, como lo establece el Código de Ética Médica Ecuatoriano que en su Art. 6, el médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud.

Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo. Sin olvidar que se está tratando con un ser vivo que puede tener reacciones y sensibilidades imprevistas que pueden salirse de las manos del médico tratante, ocasionando lesiones al bien jurídico protegido del paciente, sin que el médico haya tenido la voluntad de cometer el acto dañoso.

“Siendo la responsabilidad penal una consecuencia ordinaria de la comisión de un delito e implica para el culpable la obligación de someterse a la pena que la ley ha establecido. Esta sanción tiene como característica particular la de ser aflictiva, la de significar una privación o

disminución de derechos personalísimos del condenado, y su manifestación más característica es, la privativa de libertad”. (Künsemüller, 1986, pág. 259).

La responsabilidad penal por culpa, se contempla en ciertos códigos penales como imprudencia, impericia o error médico por lo que especialmente se les exige a los médicos en particular; una mejor formación en conocimientos y procedimientos para mediante los recursos e insumos que se le provee al profesional sanitario o paramédico podrá tener en sus manos los instrumentos necesarios para aplicar los métodos, técnicas o procedimientos necesarios para el beneficio del paciente.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DOCTRINAL DEL DELITO DE OMISIÓN Y LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

2.1 Concepto de omisión.

La acción es un obrar positivo, un hacer, la omisión, en cambio, consiste en un no hacer, en un no actuar, en un abstenerse.

“Los delitos de omisión responden a un principio de solidaridad humana en virtud del cual se responsabiliza a un sujeto que es el que omite, a realizar una determinada prestación dirigida a la salvaguarda de un bien jurídico, o a que impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello”. (Collazos, 2006).

Omitir es un verbo transitivo, no significa no hacer, sino no hacer algo y por cierto, lo que era esperado, debido. De nadie podemos decir que haya omitido saludarnos, visitarnos, invitarnos, si no teníamos razón para esperar el saludo, la visita o la invitación.

“Para el sistema jurídico penal es indispensable determinar el concepto de omisión, porque se debe a la necesidad de establecer, desde el principio, los fundamentos de su punibilidad, dado que la doctrina ha estado ocupada fundamentalmente en discutir la punibilidad del omitir sin tener claro qué es omitir”. (Sánchez Silva, 2010, pág. 3).

Se recalcan dos períodos dentro de la discusión de la omisión. Un primer período (siglo XIX), que se pretendía el proceder a la imputación del resultado porque éste había estado causado por el autor, es decir, averiguando la causalidad en la omisión.

Pero lo anterior no tuvo mucho éxito, ya que la fundamentación de la omisión se debía buscar en el plano del deber ser (normativo) y no del ser (causal). Luego se da un segundo período (principios del siglo XX), se presenta una dirección teleológica valorativa.

El omitente responde por el resultado ya que no realizó la acción que habría impedido dicho resultado, cuando tenía el deber específico de hacerlo, pero no porque lo hubiera causado. Entonces, es en el plano valorativo donde se equipara la comisión por omisión con la causación activa del resultado.

El resultado del delito de omisión suele consistir en el mantenimiento de un estado de cosas, siendo la norma violada una norma preceptiva que ordena un hacer o actuar positivo.

Para Liszt “la omisión es una acción esperada, y también en ella se da una voluntad (de no realizar el acto que se espera del sujeto), un resultado y una relación de causalidad entre ambos “análoga” a la que se da en los delitos de acción. Omisión es, en general, la no realización de determinado hacer esperado”. (Benavente Chorres, 2005, pág. 20).

La “omisión en sí” es una inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores dominada por la voluntad, según Beling en su libro *Lehre vom Verbrechen*. Siendo un

concepto naturalístico pero no causal, ya que la voluntad, como factor que distingue la conducta humana del acaso, constituye el elemento esencial.

“Por lo que queda claro que la omisión es la no-realización de una acción determinada, se hace preciso concretar o establecer si se omite cualquier acción pensable no realizada en un momento dado por el sujeto, además que fuera posible de realizar”. (Sánchez Silva, 2010, pág. 29).

El delito de omisión reside en no hacer algo determinado, pero omitir puede tener dos definiciones o más bien dicho motivos que se debe distinguir: el del comportamiento, que puede ser una actividad o inactividad, y el de su contenido, que puede ser tanto actividad como inactividad que se la puede advertir como omisión de algo.

“La doctrina subraya que la omisión se refiere a deberes legales de actuar y no a deberes puramente morales. También pone de relieve la doctrina que los delitos de omisión son delitos imprudentes en los que la inacción o abstención no se produce por una directa determinación volitiva, sino por falta de diligencia debida”. (Enciclopedia Juridica, 2013).

La posibilidad de poder realizar esta acción no efectuada es la condición necesaria del concepto de omisión, un sector doctrinal importante establece que es preciso además, que la acción no realizada fuera ‘esperada’, estableciendo diferentes fundamentos de esa expectativa de la acción, como también sostienen que basta con la no realización de una acción posible para afirmar la presencia de una omisión.

“Se puede tener dos criterios acerca de la posibilidad: uno general y uno individual.

1. La posibilidad general se entiende cuando el hombre medio (sin ningún tipo de conocimientos o aptitud), que se encuentra en la situación del autor, y este habría podido realizar la acción, el sujeto que no lo realiza omite, aunque personalmente no pudiera llevarla a término. Esto quiere decir que este individuo hubiera podido realizar lo humanamente posible para tratar la situación.
2. La posibilidad individual es cuando los conocimientos y la capacidad personal del sujeto en cuestión son totalmente bastos, para determinada situación, y habría podido cumplir la acción analizada”. (Sánchez Silva, 2010, pág. 33).

La omisión se fundamenta en la no realización de una prestación positiva para salvaguardar un bien jurídico. En efecto para que haya omisión basta con la posibilidad de conocer los medios que estén cerca del sujeto y no es preciso que hubiera un conocimiento efectivo de ellos.

Radbruch (1953) citado por Silva Sánchez (1986), sostiene que el concepto de omisión carece de elementos positivos. Su contenido se agota en la no-realización de una acción determinada que además, fuera posible para el autor.²

Habiendo considerado que la acción y la omisión resultan ser conceptos enteramente contradictorios, siendo afirmación y la otra denegación respectivamente. Las omisiones no sólo sujetan los elementos constitutivos de la acción, sino que no cogen elemento positivo alguno.

² Se refiere a la posibilidad física del actuar en un sentido concreto; afirmando que omitir no es un verbo transitivo que no quiere decir necesariamente no hacer nada, sino hacer lo contrario de lo mandado.

Para la omisión, sólo basta la posibilidad individual del autor de realizar la acción cuestionada según sus condiciones corporales y de inteligencia. Esta requiere cognoscibilidad de la situación, siendo esto que existe una posibilidad físico objetiva de realizar la acción, como elemento exclusivo, o junto a otros.

“Ello plantea el problema de qué ocurre cuando el sujeto supone erróneamente la existencia de la situación en la cual intervenir, o la existencia de los medios de realizar la acción, y deja de llevar a cabo”. (Sánchez Silva, 2010, pág. 54).

La omisión, en ciertos casos se pueden considerar a las acciones, como una acción no desplegada y que es sustituida por otra; es decir, la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está representada siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su atributo. Por el contrario, la omisión es un juicio que se le interpreta negativamente de algo realizado.

Consecuentemente la omisión se manifiesta cuando un pensamiento voluntario de no hacer algo, que debía haberse hecho y se exterioriza, como un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se realizaba esta acción.

“La omisión, no es la acción simple de no hacer algo (mandado, esperado, posible, etc.), sino que, denota el no hacer una acción final, teniendo capacidad de acción, esto es, la capacidad de formular decisiones, dirigirse de acuerdo a lo decidido, contando con los medios (físicos) para hacerlo posible.” (Bacigalupo, 1970, pág. 29).

2.2 Tipos de omisión.

Según el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, su artículo 28 establece que: “Omisión dolosa.-La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que,

deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.”.

Los delitos de omisión pueden ser clasificados en:

1. Delitos de omisión propios: que exigen solamente la no realización de una acción impuesta por ley. Siendo estos los que se perfeccionan con la simple renuncia de la realización de un acto, sin importar su resultado concreto. Basta el no hacer en circunstancias especiales como el empleo o cargo que se tiene, para que ese omitir sea penado.
2. Delitos de omisión impropios o comisión por omisión: son aquellos en que el sujeto, mediante una omisión, permite la producción de un resultado posterior, que los condiciona. Por lo que se constituye a partir de una disposición de acción de un tipo.

2.2.1 Delitos de omisión propia.

La omisión propia o simple omisión la hallamos con referencia a un tipo instantáneo, la adecuación típica se ocasiona por la mera inactividad, en estos casos se sanciona el incumplimiento de lo que se debe realizar o consumir, bastando el "no hacer" o la ausencia de la acción que se espera para que el delito se consuma, en estos casos hay una inactividad voluntaria frente al deber de obrar.

La omisión propia es la cual se encuentra totalmente expresa en el tipo penal en la cual se *prohíbe* la omisión y lo que realmente se *ordena* es la acción. La no realización de la acción

ordenada, es la causa de la punibilidad, por lo que la omisión propia es la no realización de la acción ordenada por el tipo penal.

“Los delitos propios de omisión solo requieren la no realización de una acción y su punibilidad no depende de la existencia de un delito activo. Siendo necesario tres elementos para poder verificar si existe la omisión:

- a) situación típica generadora del deber;
- b) no realización de la acción mandada, y
- c) poder de hecho de ejecutar la acción mandada”. (Bacigulpo, 1999, pág. 538).

La omisión simple sanciona el no hacer de la acción esperada, exigida y ordenada por la norma, no siendo necesario un resultado material, por los delitos omisivos.

Marisol Collazos, en sus apuntes de criminología, describe que “el delito por omisión propia o pura, manifestando que la norma preceptiva lo que hace es obligar al sujeto a la realización de un determinado comportamiento, como también dice que la omisión propia tiene los siguientes aspectos:

1. La tipicidad Objetiva.- los elementos que conforman el tipo objetivo son tres:

1.1 Situación típica, en la que se establece el presupuesto de hecho que da lugar al deber de actuar y que varía según el tipo específico (estar en peligro grave y manifiesto).

1.2 Ausencia de realización de la acción mandada (no socorrer)

1.3 La capacidad personal de realizar la acción; para lo que se requiere determinadas condiciones externas, cercanía, que existan medios de salvamento, condiciones personales o que el sujeto cuente con determinadas posibilidades, suficientes conocimientos y facultades intelectuales para realizar la acción. Poder intervenir es un elemento para la existencia del delito.

2. La Tipicidad Subjetiva.- La omisión propia admite:

a) La versión dolosa.

b) La versión imprudente, siempre que ésta última esté prevista

El sujeto debe además de conocer, querer o tener la voluntad de no realizar la acción exigida por la norma penal.” (Collazos, 2006).

2.2.2 Delitos de comisión por omisión.

“La comisión por omisión; también consiste -como la omisión simple- en un no hacer, pero esta conducta omitida produce un cambio en el mundo exterior, esto es, produce una mutación de la realidad objetiva. En este tipo comisivo se quebranta una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva.” (Enciclopedia Juridica, 2013).

Los delitos impropios de omisión se puede especificar como la producción de un efecto penalmente típico que no fue impedido por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien poseía la capacidad y el deber jurídico de actuar evitando el resultado típico de la lesión o de algún peligro concreto del bien jurídico.

“La omisión impropia o comisión por omisión es una responsabilidad penal bastante compleja ya que esta forma omisiva, desde su nacimiento ha presentado múltiples problemas doctrinarios entre estos: los de causalidad, la fundamentación del deber jurídico, las fuentes del deber de actuar para evitar el resultado material, la clase de normas que la fundamentan, la equivalencia o equiparación entre la acción y la omisión, la distinción entre el hacer positivo y la omisión, la posición de garante y sus fuentes, y la propia estructura de los delitos impropios de omisión”. (Islas de Gonzales Mariscal, 2006, pág. 170).

La comisión por omisión, posibilita la facultad de una consecuencia al incumplimiento de un deber de actuar. La producción de un resultado lesivo y un deber previo de evitarlo pueden imputar el primero al incumplimiento del segundo, nos podemos dar cuenta que nos referimos a un caso concreto de un deber de actuar, en protección de una fuente de peligro. Si es cierto que en estos casos parece que el resultado no violenta el sentimiento de justicia, pero se debe tener en cuenta que siempre hay un deber de actuar, dando así la responsabilidad al sujeto que no evitó el resultado producido.

En los tipos de comisión por omisión se establece tanto la acción como impedir el resultado material, por lo que un tipo de comisión por omisión debe sujetar de manera expresa el deber de evitar el resultado material. Ya la inactividad y el resultado material están conectados entre sí, esto por una relación jurídica al cual se le atribuye un efecto material a la inactividad que el sujeto activo no realizado señalando de esta forma el tipo garante.

En la comisión por omisión se exige que concurra una situación en la que el ordenamiento impone el deber de actuar. Esta situación típica de peligro da lugar a un específico e intenso deber de actuar denominado "posición de garante".

Admite dos situaciones:

- Las posiciones de garante derivadas del deber de protección de un bien jurídico.
- Las posiciones derivadas del deber de control de fuentes de peligro.

Determinados sujetos adoptan con respecto a otros la posición de garante, tienen por tanto un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado. Habrán cometido un delito de comisión por omisión aquellos garantes que se abstengan de cumplir con el deber específico que tengan.

2.2.2.1 Posición de garante.

Welzel dice que la posición de garante “es una especial y estrecha relación vital unida íntimamente con el bien jurídico lesionado”. Siendo lo más importante de todo el concepto que esta relación sea “vital, especial y estrecha”. (Wezel, 1976, pág. 292).

La posición del garante, es el portador del deber jurídico, este sujeto está obligado a realizar una acción adecuada, para así poder evitar que el resultado se produzca. La relación entre el bien, la acción o deber jurídico ya determinada y el sujeto que deberá salvaguardar este bien, es la relación especial, estrecha y directa.

“Esta calidad genera para el sujeto el deber de ejecutar una acción idónea para evitar la lesión típica. Si no la ejecuta, le será atribuida la lesión como si la hubiese producido.” (Islas de Gonzales Mariscal, 2006, pág. 176).

El sujeto se encuentra regulado por el derecho penal, en los tipos de omisión que se introduce para especificar al que tiene el deber de actuar para la conservación del bien. Dándonos

así la posibilidad de determinar la conducta omisiva y al sujeto que la realizó, dándole la posición de garante que no solo se procede de relaciones especiales entre el omitente y el bien jurídico, como es la convivencia o el compromiso asumido, sino que también prevalece el grado de dependencia del bien jurídico respecto del omitente.

CAPÍTULO III

OTRAS CONDUCTAS ASOCIADAS A LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

3.1 Delito imprudente.

La prudencia manda a los ciudadanos que su comportamiento en la vida social, se acomode a ciertos deberes o reglas con el fin de evitar en puesta de peligro o la lesión de los bienes jurídicos, especialmente cuando suele entrañar mayores riesgos.

“Siendo este el ‘deber de cuidado’, del cual se debe fijar de acuerdo con la capacidad individual y su valoración no debe realizarse en la culpabilidad, sino en ya en el tipo”. (Romeo Casabona, 2002, pág. 22).

Por lo que el imprudente ejecuta algo que se debió evitar, actuando con temeridad, de carácter precipitado y atrevido. Actúa sin moderación, discernimiento, cordura, sensatez ni buen juicio. En la imprudencia notamos también exceso de acción: efectúa un acto que el deber de previsión le impedía, excediéndose en su debido accionar.

Según Cerezo Mir, el delito imprudente es aquél que como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material, externo o peligro concreto de un bien jurídico o concurre una determinada cualidad de acción, no queridos.

La imprudencia, constituye términos normativos que deben ser explicados por la jurisprudencia, y la dogmática, quebrantando un deber, ya que la responsabilidad por imprudencia tiene su base en un deber de evitación mediato o indirecto.

“El imprudente omitirá por ligereza y falta de compromiso con su actividad profesional, la atención, cuidados y precauciones que desactiven el peligro y/o daños colaterales que su propia actividad/conducta pueda provocar a terceros. Como por ejemplo el galeno que realice una amputación, solo basándose en los exámenes clínicos, sin realizar un análisis exhaustivo previo a la amputación”. (Montanelli, 2005, pág. 118).

En casos de mala práctica médica en donde se encuentran situaciones de un injusto imprudente, se debe considerar el ámbito en el que mediante una conducta que la persona podía controlar su realización y en la forma de su ejecución este determinado bien jurídico es lesionado o puesto en peligro.

“Un acto imprudente también puede ser posible por el descuido del derecho ajeno, o por el escaso colorido emotivo que acompañe a la previsión del resultado; así no es raro que en los criminales, una fácil emotividad egoísta vaya acompañada de falta de emotividad altruista, y por esto, todo cuanto se refiere a sus propios intereses, despierta reacciones exageradas sin ninguna preocupación por el daño que puedan ocasionar a otros; la satisfacción de las propias necesidades y del propio placer hace que la conciencia se vuelva inaccesible a la ansiedad por violación del derecho ajeno”. (Altavilla, 1999, pág. 7).

Para conceptualizar el delito imprudente es necesario que se trate el concepto de culpa como un hecho del resultado imprevisto que debió haberse previsto. La culpa en su sentido clásico no es más que un acto que pudo y debió ser previsto y que por falta de previsión produce un efecto dañoso en las personas.

La calidad culposa dentro de los delitos de mala práctica médica es inminente, ya que los resultados que de ésta se derivan son a consecuencia de conductas que pudieron ser previstas por los médicos y al no serlas generan un resultado dañoso para los pacientes, pudiendo provocarles lesiones o incluso la muerte.

Si bien para que pueda hablarse de imputación por imprudencia en el ámbito jurídico penal, es necesario que la conducta sea típica; por lo que es necesario que se reúnan tanto los elementos objetivos como subjetivos del tipo penal.

“La tipicidad objetiva hace referencia al riesgo que la conducta representa, en consecuencia, el legislador la ha plasmado dentro de un tipo. Por otro lado, la imputación subjetiva se enfoca en la representación del agente de ese riesgo.” (PENAL, 2014, pág. 1).

La responsabilidad por imprudencia debe ser considerada como una concepción normativa, instaurada por el carácter previsible del daño que da lugar a la penalización de una acción imprudente, como la de un profesional de la salud dentro de la mala praxis médica. El deber de impedir el daño, se establece cuando la conducta no impide la lesión de un bien jurídico protegido.

3.1.1 Tipo objetivo y subjetivo del injusto imprudente.

3.1.1.1 Tipo objetivo.

“Según López Barja de Quiroga, el delito imprudente de tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado, habiendo pues un desvalor de acción y un desvalor de resultado.” (Suarèz- Mira, 2006, pág. 360).

Dentro de la imputación del resultado del deber de cuidado se crea un riesgo al bien jurídico, se sostiene diversos criterios:

1. La teoría del incremento del riesgo (Roxin), según la cual el resultado tiene que ser la ejecución del riesgo generado por la acción y la conducta del autor debe haber desarrollado la probabilidad de la producción del resultado, lo que se evidencia en el caso concreto comparando el peligro de hecho creado y aquel al que la conducta correcta habría dado lugar.
2. La teoría del fin de protección de la norma, que se solicita creer que los objetivos quiere lograr la norma de cuidado lesionada, que riesgos quiere impedir, y demostrar que si alguno de esos riesgos es el ejecutado en el resultado. Cuando el resultado no sea de los que intenta evitar la norma, debe negarse la imputación de dicho resultado.
3. La teoría de la evitabilidad, para la cual el sujeto que realice un resultado no responderá si con una alta probabilidad se puede

afirmar que el resultado se hubiera producido aún con una conducta conforme al deber.

En el delito imprudente hay que señalar que el resultado forma parte de él, ya que el delito no puede existir sin este, por lo que con una ley causal natural se puede comprobar el hecho del delito.

3.1.1.2 Tipo subjetivo.

“El tipo subjetivo consiste en el desconocimiento evitable del peligro concreto, lo que nos lleva a distinguir entre la imprudencia consciente³, y la inconsciente⁴, exponiendo que el tipo subjetivo está integrado por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado dañoso, en tanto el otro es la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado.” (Suarèz- Mira, 2006, pág. 363).

El núcleo del tipo subjetivo imprudente puede alcanzar como: conocimiento o cognoscibilidad⁵ de la posibilidad de realización típica. Siendo el objeto de conocimiento, una específica previsión de una realización típica.

La Culpa inconsciente se determina por la ausencia de toda relación psíquica presente entre autor y el efecto, por esto se separa en dos opiniones contrapuestas:

1. Concebir la culpabilidad normativamente,
2. Negar el carácter de culpabilidad a esta especie de culpa

³ El autor del delito conocía el peligro abstracto generado por su acción y podía conocer el peligro concreto.

⁴ El autor del delito obra desconociendo el peligro que crea su acción.

⁵ La cognoscibilidad ha de entenderse como exigibilidad del conocimiento del peligro, que se determinara en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad.

El tipo subjetivo del delito imprudente, es respectivo con la ‘contrariedad al cuidado’, el mismo que radica en la prudencia del sujeto de una parte típicamente notable de las condiciones del resultado de las que de acuerdo a la valoración que da el ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable.

Si tomamos en cuenta el delito imprudente de tipo subjetivo, conseguimos ver su estrecha correlación con la mala praxis médica, ya que éste tipo de conductas no deben quedarse en la impunidad; esto correspondería al otorgamiento de una autorización para la actuación en situaciones de total indiferencia con relación a los bienes jurídicos ajenos, que el derecho penal debe impedir, intentando prevenir la ejecución de esas conductas.

3.1.2 Elementos de la imprudencia.

El núcleo del tipo del injusto en el delito imprudente está en la divergencia entre la acción realmente llevada a cabo y la que debería haber sido realizada en virtud del deber cuidado que objetivamente era obligatorio observar.

“En los delitos imprudentes, se describen la estructura del tipo, se puede distinguir los siguientes elementos que deben estar presentes:

- a) Acción u omisión voluntaria no maliciosa: es el comportamiento activo u omisivo voluntario, sin intención de provocar el resultado lesivo originado como ausencia de dolo directo, ni la aceptación de tal resultado, en el caso de haber previsto la ausencia del dolo eventual.
- b) Conducta que infringe los deberes de cuidado que impone la actividad, que son dos:

- El deber de cuidado interno obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, por lo que mediante esta forma se puede castigar la culpa inconsciente.
- El deber de cuidado externo consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida; puesto que implica haberla advertido, sólo puede imputarse subjetivamente en la culpa consciente”. (Suarèz- Mira, 2006, pág. 363).

c) Previsibilidad: Sólo lo previsible puede ser exigible, se sostiene que debe haber sido previsible el resultado en su concreta configuración y el curso causal en sus comportamientos.

El concepto formal de culpa según Von Liszt se centra en la previsibilidad del resultado, se lo denomina como: “la culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad”. (Corcoy Bidasolo, 2008, pág. 215).

La previsibilidad subjetiva, se piensa que es existente cuando el autor de la acción ‘reconoce’ la eventualidad de la producción del daño siendo esta una culpa consciente o podía haberla conocido o culpa inconsciente, según sus conocimientos y capacidades.

- d) Producción de la muerte o lesión del paciente;
- e) La relación de causalidad entre la conducta del médico y el resultado producido.
“En la causalidad se debe ver el nexo que debe haber entre la acción y el resultado, comprobando si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado por la producción del resultado, y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro”. (Romeo Casabona, 2002, pág. 20).

3.2 Concepto de negligencia.

“La negligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incuria, siendo este un acto mediante el cual se viola un deber de atención, cuando se está en capacidad intelectual técnica de preverlo, es una transgresión a normas comunes de sensatez a diferentes niveles. En los casos médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional”. (Morales, s/n, pág. 1).

Por lo que es una particularidad de la culpa que tiene conexión con una práctica deficiente, con descuido y desatención. Es hacer un menos de lo que se debería hacer, por lo que cuando el sujeto posee todos las técnicas o conocimientos necesarios para poder ejercer lo que está obligado y esté no lo hace o lo hace con descuido.

La negligencia, es la inactividad o falta de cuidado necesario en una situación por quien no está impedido de tenerlo y deba prestarlo. Por lo que el sujeto sí posee esos conocimientos o técnicas para esa situación determinado o la actividad necesaria, pero, o no los ejerce cuando está obligado a ello, o lo hace con descuido.

La negligencia es consciente cuando conociendo la eventualidad de un resultado dañoso, es decir anunciando que este resultado pueda darse, no se ven las precauciones necesarias para que no se produzca.

El médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de aprobar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio en la salud de aquéllos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud.

El negligente es aquella persona que actúa con descuido culposo, es ésta una inacción del mismo modo omitiendo una o más acciones necesarias, exigidas o exigibles que hace omitir el debido cuidado y que le imposibilitará tomar adecuada conciencia de la peligrosidad de su conducta o del acción que es recae sobre los bienes, la propia integridad y sobre todo en la salud de terceros. Por lo que faltará, ni tendrá las precauciones debidas olvidando la prudencia y diligencia indispensable para que se evite el daño.

“Se la entiende a negligencia como a una forma pasiva de la imprudencia, omitiendo lo que el deber de prudencia mínima y previsión necesaria indicaban realizar. Existe falta o defecto de acción en el obrar negligente”. (Montanelli, 2005, pág. 119).

La negligencia es por una parte la falta de precaución en el acto que se realiza, por lo que hay negligencia no solamente por renunciar de hacer algo, sino también por el modo de operar o de realizar la acción siendo por el descuido en la conducta adecuada, es cuando se obra de manera distinta a como se debería; si se han descuidado normas comunes de la vida, como por ejemplo en el caso de que el médico no realice el trabajo de desinfectar los instrumentos para la cirugía y los utilice para realizar la cirugía, esto será negligente de parte de él.

La negligencia consiste ‘en no tomar las debidas precauciones, sea en actos excepcionales o en los de la vida ordinaria’. Jiménez de Asúa sostiene que la negligencia es el elemento psicológico de la culpa, fueren cuales fueren las variedades de ésta, y que, por lo tanto, se halla ínsito en la imprudencia, la impericia y la inobservancia de reglamentos o deberes.

En el Código Penal Argentino, establece que la negligencia, consiste en la omisión por parte del autor, al obrar u omitir, de los cuidados debidos que no le permitieron tener conciencia

de la peligrosidad de su conducta para la persona, bienes o intereses de terceros. El punto principal respecto a esta forma de culpa es el estado de peligro creado o afrontado.

La negligencia es inconsciente cuando no se previó la consecuencia dañosa que al conocimiento del médico debió haberse previsto y, por ende del resultado, no se tomaron las medidas de precaución para que no tuviera efecto.

3.3 Concepto de impericia.

“La impericia es una falta de saber teórico o práctico de la materia del propio oficio. Es la falta de sabiduría o de experiencia... es una ausencia de saber o de habilidad reprochable, porque ejerce el arte o profesión mediando ella, constituye ya de por sí una amenaza general de producir daños, la impericia, para constituir culpa, debe resultar como una condición conocida por el agente y como un obstáculo voluntariamente descuidado⁶.” (Meincke, 2001, pág. 95).

La impericia se fundamenta en la incapacidad técnica para la acción de una función terminante, se fundamenta en varios aspectos como:

- la profesión o el arte.
- la ignorancia, implica falta de conocimiento de un objeto o de un fenómeno, como el descubrimiento de un nuevo remedio o medicamento.
- En el error, ya que puede causar una juicio inexacto, por lo que este podrá dar una percepción inexacto o una mala interpretación en el desarrollo de en estos casos en una intervención quirúrgica.

⁶ Pero este tipo de concepto implicaría la impunidad de todos o casi todos los casos de impericia.

- y la inhabilidad del médico, revela defectos, no en la formación de los juicios, sino en la composición de los actos, o sea que se corre, no al juzgar lo que es preciso hacer, sino al producir una propia decisión.

Este delito procede de incultura, de escasa carencia de conocimiento, práctica profesional, técnicas, habilidades o de defectos psicofisiológicos que aumentan la falta de habilidad. Se intenta encontrar un elemento voluntario como en todo delito culposo, ya que hay ciertos autores que al querer establecer que la culpa debe consistir siempre en un vicio de la voluntad, concurren a esta teoría.

La impericia no debe confundirse con una destreza profesional deficiente, pues aunque la ley pueda requerir que los que practican determinada profesión estén conferidos de ciertos requisitos de capacidad técnica, no puede exigir que todos tengan un mismo ingenio o una misma cultura.

La doctrina distingue entre error profesional e impericia propiamente dicha, y lo hace de la siguiente manera: es culpable de impericia, no solo el que causa daños al ejercer una profesión que no conoce ya por un estado de carencia de conocimientos, técnicas o habilidades, sino también el que, actúa dentro de los límites del ejercicio normal de su actividad profesional, muestra que no posee el conjunto de conocimientos científicos y prácticos que es normalmente indispensable para dicho ejercicio.

“Cuando no se pueda hablar de ignorancia no habrá propiamente impericia, sino más bien de error profesional, que no es causa de responsabilidad, pues se trata de un error excusable”. (Altavilla, 1999, pág. 8).

Por esto la escasa inteligencia, la deficiencia de cultura, de práctica, de intuición, de capacidad de observación, no puede, por si solas, considerarse como impericia, pues esta, para constituir culpa, debe implicar como condición conocida por el agente y como obstáculo voluntariamente descuidado.

“Hay que mencionar que la pericia se establece en un medio y en una época contemporánea con el hecho que se juzga. No se puede considerar que una conducta fue imperita si su consecuencia era opinable y/o disputable en el arte o profesión de que se trate. Nuñez considera que un error de diagnóstico no puede considerarse una conducta imperita. Se debe tener en cuenta que la medicina es una ciencia y su ejercicio un arte.” (Meincke, 2001, pág. 95).

La impericia según Montanelli, es la falta de preparación o conocimientos específicos para desempeñarse. Se confunde con la expresión ‘inexperto’. Es la impericia una supina ignorancia del proceder más elemental en un arte o profesión, que puede estar unida o no a la inobservancia de reglamentaciones y/o disposiciones generales dictadas por la autoridad supervisora competente.

Por lo que la impericia abarca aquellos actos cometidos profesionales ejercidos, ignorando sus reglas respectivas como también la insuficiencia de aptitudes en la profesión que desarrolla, desconociendo procedimientos básicos y elementales de la misma.

Constan en el caso de la medicina, galenos que sin ser especialistas en una materia determinada, no vacila en ejercerla, poniendo en serio peligro a sus pacientes al errar en técnicas básicas de la cirugía actual, por lo que a estas alturas de los avances de la medicina, debería ser una obligación, la especialización.

La impericia se divide en tres tipos que son: absoluta, relativa y profesional, las cuales explicaremos a continuación:

- La Impericia Absoluta según Stoppat, opera cuando se obra fuera del campo en que uno estaba autorizado por el propio título académico, en estos casos tiene fundamento en la inobservancia de normas.
- La Impericia Relativa: todo dependerá de la competencia técnica que el propio título profesional autoriza para ejecutar especialmente en materia quirúrgica y médica, no tendría responsabilidad, porque la habilitación crearía la presunción de capacidad técnica.
- La impericia profesional en cambio es cuando entra la temeridad profesional, de los audaces experimentos, característicos de expertos profesionales, en el cual no es fácil determinar cuándo una operación atrevida da origen a un fracaso, a la responsabilidad a título de culpa, no es fácil determinar este tipo de culpa, ya que muchas veces se recurre a dichas operaciones para poder disminuir la enfermedad o para salvar una vida que en verdad se está extinguiendo, habiendo alguna probabilidad de cura que la muerte segura; de esta forma no se puede hablar de la responsabilidad del galeno, ya que para poder salvar la vida del paciente va a recurrir a una operación riesgosa que a la final no salvarían la vida del paciente.

Este es uno de los casos en que la aptitud personal no se termina en el sujeto activo, sino que se manifiesta también en el hecho, de manera que un sujeto privado de calidad no podrá, de ninguna forma, ejecutar el caso típico de determinado delito. En efecto, un médico solo podrá ser calificado como imperito en relación con la actuación de su profesión, fuera de la cual podrá ser

de modo eventual negligente o imprudente, lo cual crea una relación personal entre la profesión y su ejercicio.

CAPÍTULO IV

EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL EN EL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL (COIP)

4.1 La mala práctica médica en la legislación Ecuatoriana.

4.1.1 Antecedentes.

Se han presentado proyectos que para tipificar y la responsabilidad profesional y mala práctica médica, el cual fue presentado en Enero del 2010, por varios asambleístas encabezados por Gabriela Pazmiño (asambleísta del PRE), en la cual se planteaba al igual que la Constitución, la Ley Orgánica de Salud y otras leyes, la penalización de la mala práctica profesional o de la negligencia médica.

“Por lo que más allá de la visión oportunista y políticas; nuestro país precisa y exige un cuerpo legal acorde con la época para, en lugar de señalar y perseguir culpables, garantizar la seguridad de los pacientes en un ambiente de mutua confianza pues, a nadie conviene caer en la avalancha de reclamos de presunta mala praxis que sin duda influirán negativamente en el

trabajo diario de los médicos, que por cualquier error pueden terminar en un juzgado de guardia.”
(Ottolenghi, 2010).

En el 2011, el asambleísta Marco Murillo, presentó un proyecto de reformas al Código Penal, en el que también propone tipificar como delito la falta de atención médica. Marco Murillo se basa y argumenta en la Constitución, la Declaración de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales y Culturales, que garantizan el derecho a la salud, a un nivel de vida adecuado y el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Explica que lamentablemente esos trascendentales derechos no han sido garantizados por las personas que, en este caso, de manera adecuada, puedan dar un servicio de prestación de salud, dijo, al enfatizar que la mala práctica médica en la legislación ecuatoriana casi no dice absolutamente nada al respecto.

Señala también que la Ley de la Federación Médica determina que un tribunal de honor juzga la conducta profesional, mientras la Ley Orgánica de Salud solamente contempla sanciones pecuniarias y administrativas.

“Dicha ley especifica multas y suspensión del profesional, en tanto la Ley de Derechos y Amparo del Paciente recoge sanciones de carácter de reclusión, tras expresar que el Código Penal dictamina prisión de tres meses a dos años ante la muerte de un ciudadano y una multa de 81 dólares, sin tomar en cuenta lo irreparable de la tragedia que significa la pérdida de un familiar.”
(Vistazo, 2011).

Por lo que este proyecto de reforma al código penal, fue tomado en consideración por la comisión para que sea utilizado como un insumo al debate del proyecto del Código Orgánico Integral Penal en Junio del 2012, presentado por el Dr. Mauro Andino Reinoso. También para poder tipificar este tipo penal, se tomó en consideración dos observaciones o comentarios las cuales fueron presentadas a la comisión, los cuales fueron:

- Mala Práctica Médica por Lic. Jesús Narváez, Gobernador de la Provincia de los Ríos; Doctor, Juan Carlos Gaibor, Presidente del Colegio Médico de los Ríos; Dr. Héctor Vanegas y Cortázar; Dr. Augusto Barrera, Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito. Con fecha 14 de Noviembre del 2011.
- La Mala Práctica Médica, de la Asociación de Anestesiología de Pichincha, con fecha 16 de Diciembre del 2011.

4.2 Normas conexas a la mala práctica médica en la legislación Ecuatoriana.

En el Ecuador por el momento los galenos que se han acogido a la constitución como por ejemplo, en el artículo 54 que establece “las personas serán responsables de mala práctica en el ejercicio de su profesión..., en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”. Y de los 259 artículos de la Ley de Salud, solo dos hablan de negligencia médica. El 202 fija como infracción “todo acto no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de: inobservancia, impericia, imprudencia con omisión, negligencia”. (Comercio, 2013).

El Artículo 199 añade que la investigación y sanción corresponden a la autoridad sanitaria, “sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria.

“Pero no hay ley. No está tipificada la mala práctica médica. Los delitos se investigan por homicidio inintencional o lesiones permanentes”, dice Cárdenas. La abogada dirige la Fundación Carlos Rodríguez Cárdenas, que da asesoría legal en estos casos.

Algunas leyes discuten la manera en que deben actuar los profesionales de la salud y regulan el ejercicio de ellos, como también a las instituciones de salud del Ecuador, sus obligaciones y sus derechos, están leyes, normas o códigos son:

- Ley de Derechos y Amparo del Paciente, siendo No. 77 publicada en el Registro Oficial Suplemento 626 del 3 de febrero de 1995, encontramos todos los derechos que tienen que ver con los pacientes, en la cual encontramos ciertos derechos como: la aplicación de confidencialidad entre el paciente y el médico, a elegir el tratamiento e incluso establece la obligatoriedad de atender a un paciente en estado de emergencia, la atención digna, información acerca del procedimiento médico que se va aplicar, no discriminados, a ser informado.

Pero lo que tenemos que tener en claro es que en esta ley, no se encuentra la mala práctica médica como un tipo penal o como una figura legal, por lo que ya si no se encuentra presente en marco jurídico de ley, tampoco se encuentra establecida una sanción por este nuevo tipo penal. La ley por tal tampoco establece un tratamiento específico para la violación de las garantías del paciente. Tampoco sanciona al profesional de salud que obro de manera errónea.

La única sanción que conseguimos hallar es la concertada en el Art. 13 que dice que “...los responsables de un centro de salud que se negaren a prestar atención a pacientes en estado

de emergencia, serán sancionados con prisión de 12 a 18 meses y, en caso de fallecimiento del paciente desatendido, con prisión de 4 a 6 años”.

El Código de Ética Médica, Acuerdo Ministerial No. 14660-A de 17 de agosto de 1992; Este código se representa más a una presión moral sobre el galeno, indica las diligencias apropiadas que comprometen al médico a tener para ejecutar una buena práctica médica, y de este modo realizar un buen ejercicio de su profesión y no poner en peligro la vida del paciente. Uno de los compromisos primordiales que constituye este Código, es la conservación de la vida del paciente, respetando los elementos consagrados en la declaración de los Derechos Humanos. Básicamente en este código hallamos las responsabilidades que tiene el galeno frente al paciente.

- Ley de la Federación Médica Ecuatoriana. Decreto Ejecutivo No. 3576-A de 17 de julio de 1979; En esta ley, 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, es el Tribunal de Honor, donde siendo integrado por tres, cinco o siete médicos afiliados al Colegio según lo determine el Directorio Nacional, donde este basándose en el Art. 24 podrá juzgar 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.

Por lo que si hay un fallo en la conducta del Galeano, el Art. 25 estipula que el Tribunal de Honor está totalmente capacitado para 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.

4.3 El Código Orgánico Integral Penal.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) que fue remitido a la Función Legislativa. En aquel entonces, el cuerpo legal contaba con 1.083 artículos y su tratamiento fue encargado a la Comisión de Justicia y Estructura del Estado.

“Con la presentación del proyecto del Código Orgánico Integral Penal, y transcurrido el primer debate, los galenos preocupados por el desenvolvimiento del tema acerca de la mala práctica médica, se pusieron analizar personalmente, organizando mesas redondas, foros en distintas instituciones de salud, Sociedades Científicas, culminando, este proceso en el mes de noviembre con la realización de un foro en el antiguo Salón del Senado. Los profesionales de la

salud expusieron el rechazo a la pretendida criminalización del trabajo científico, con una serie de argumentos que sustentaban su postura.” (Chávez, 2014).

La presidenta de la Asamblea Nacional, Gabriela Rivadeneira, convocó para el 11 de Diciembre del 2013, a la continuación de la sesión para reanudar el segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal.

El presidente de la Comisión de Justicia y ponente del proyecto, Mauro Andino, explicó que el debate se retomó una vez que se han generado los consensos en torno a los diversos aspectos de la propuesta.

Con respecto a la mala práctica profesional, explicó que después de los análisis correspondientes se determinó que la persona al infringir un deber objetivo de cuidado en el ejercicio práctico de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de 1 a 3 años, eliminándose la disposición relativa a la inhabilitación del ejercicio de la profesión, al indicar que el proceso de rehabilitación, luego de cumplida la pena, será determina en el Código de Salud.

“Añadió que para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se tomará en cuenta que la mera producción del resultado no configura la infracción al deber objetivo del cuidado y la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas aplicadas a la profesión; el resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas; se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas y la previsibilidad.” (Nacional, 2013).

“Durante el debate hubo discrepancias en la norma por lo cual los médicos anunciaron un paro y amenazaron con renunciar a sus cargos, lo que pudo desencadenar una crisis de salud pública. El gremio consideró que la redacción de la mala práctica profesional los criminalizaba. Frente a esta postura, hubo una respuesta política desde la Asamblea. La presidenta Gabriela Rivadeneira bajó el tono del debate y habló de la posibilidad de revisar el articulado.” (Celi, 2013).

La protesta de los médicos derrumbó el argumento de que la norma fue debatida con los sectores sociales. El oficialismo, por tanto, debió reabrir el debate. Al interior del movimiento se formaron mesas de trabajo con jornadas fuera de la sede legislativa. También se reforzó la coordinación con el Ejecutivo.

Las presiones de los gremios de los profesionales de la salud, mediante marchas alegando que se negaran a realizar prácticas u operaciones quirúrgicas en los casos que sean graves o muy graves por lo que con esta ley se encuentran más expuestos en su profesión por lo que ellos no son asesinos y no realizan intervenciones quirúrgicas con la intención de matar, con un chantaje de renuncias masivas si se aprueba el artículo con relación a la mala práctica médica obligaron a que el artículo relacionado a la muerte por mala práctica profesional sea revisado y reformado. Estos cambios no se incluyeron en el informe para segundo debate en el Pleno de la Asamblea, pues serán propuestos por los legisladores oficialistas a través de reconsideraciones.

Con relación a la mala práctica profesional el artículo 146 establece la muerte por mala práctica profesional, que tuvo rechazo entre los médicos. “Finalmente, tras reuniones y diálogos con el Gobierno y el Legislativo, se fijaron cuatro consideraciones para tipificar el delito: que la muerte en sí no es una infracción; que se considerarán leyes, reglamentos y otras normas

aplicables a la profesión; que la muerte no debe depender de circunstancias ajenas a la profesión y que se analice la diligencia y formación del profesional. Los profesionales aún no están de acuerdo con el texto.” (Celi, 2013).

La Asamblea asentó que el cambio integral se ocasiona en razón de que Ecuador mantiene un sistema penal que data de 1938, que ha sido sujeto a no menos de 46 reformas, las cuales lejos de mejorar el esquema jurídico penal, han generado dispersión normativa, confusión e imprecisión al momento de aplicar dicho código.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), aprobado por la Asamblea Nacional el 28 de enero 2014, Con 101 votos se aprobó el libro primero, segundo y tercer del Código Orgánico Integral Penal. Fue enviado al Registro Oficial, el cual fue publicado el 7 de febrero y entrara en vigencia contando 180 días desde el día de su publicación.

En la nueva normativa se tipifican 70 nuevos delitos, entre los que se incluyen el femicidio, el sicariato, el enriquecimiento privado no justificado y la falta de afiliación al Seguro Social, la mala práctica profesional. El que contiene 730 artículos, buscando normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas y promover la rehabilitación social y la reparación integral de las víctimas. Dividido en cuatro libros: Preliminar normas rectoras, libro Primero la infracción penal, Libro Segundo procedimiento y Libro tercero ejecución.

El Artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, sin ser acogido al veto por el poder ejecutivo, ya que se fundamentaron en el artículo 54, inciso segundo de la Constitución de la República, en el que dispone que *“Las personas serán responsables por la mala práctica en el*

ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”, quedo aprobado de esta manera:

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

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

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

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

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

4.4 Propuesta y resolución interpretativa.

Los médicos y profesionales de la salud formando una comisión que representa a diversas federaciones de médicos, enfermeras, odontólogos, y obstetrices; colegios profesionales del sector de la salud, hospitales, y sociedades científicas en la cual han solicitado que se promueva una resolución que aclare el alcance del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.

Ya que para poder contribuir con la construcción de un marco jurídico integral que brinde seguridad jurídica a la práctica médica, la comisión formada por los gremios de la salud presentar una propuesta para de que de esta forma se pueda conseguir la reducción de errores sanitarios y limitar las denuncias o demandas injustificadas por la mala práctica médica. La propuesta abarco los siguientes ámbitos:

- Reformas al Código Integral Penal.
- Un capítulo específico sobre Responsabilidad Profesional Sanitaria del Código Orgánico de la Salud, que actualmente se encuentra en debate en la Asamblea Nacional,
- Desarrollo de instancias especializada en la resolución extrajudicial de quejas, denuncias o demandas por errores sanitarios.
- Una propuesta de elementos que deben considerarse para la Regulación de Peritos Sanitarios,
- Una propuesta para elaborar un baremo (pisos y techos) de indemnizaciones por errores sanitarios, para el ámbito penal, administrativo y civil.

Esta propuesta fue el resultado de un trabajo colectivo de decenas de dirigentes de los profesionales de la salud. La propuesta de Libro VI de la Ley Orgánica de la Salud o Código Sanitario fue construida por delegados de instituciones que forman parte del Consejo Nacional de Recursos Humanos en Salud-CONARHUS, que incluyeron a los representantes gremiales de médicos, enfermeras, odontólogos, obstetrices y tecnólogos médicos.

Para reducir el impacto negativo de este problema, que ya fue advertido por los gremios de profesionales de la salud, se establecieron en el acuerdo verbal que el Presidente de la República hizo con un grupo de profesionales sanitarios en el Ministerio del Deporte los siguientes compromisos:

1. Que la Corte Nacional de Justicia emita una resolución interpretativa del Art. 146, particularmente del inciso tres.
2. La formulación y aprobación de parte de la Asamblea Nacional de un capítulo específico sobre responsabilidad profesional sanitaria en Ley Orgánica o Código de la Salud para la investigación, sanción y prevención de errores sanitarios que no configuran mala práctica.
3. Definir un marco legal, tanto para el nivel penal, civil y administrativo de pisos y techos de indemnizaciones referentes que reduzcan las pretensiones excesivas contra profesionales de la salud.
4. La obligatoriedad de que las instituciones cofinancien seguros para reparación de siniestros.
5. Capacitación de peritos sanitarios.

Hasta la presente fecha solo se ha cumplido con el primer compromiso y parcialmente el quinto. Por más de tres meses los representantes de los gremios de profesionales asistieron a reuniones con asesores de la señorita Ministra Carina Vanee, sin ningún avance en los otros tres compromisos no cumplidos.

Por lo expuesto, los gremios de profesionales de la salud exigieron el cumplimiento de los otros tres compromisos y otras medidas complementarias que permitan disponer de un cuerpo legal integral que de seguridad jurídica a la práctica sanitaria, mejore la calidad de la atención y proteja los derechos humanos de usuarios y de los profesionales de la salud. Por lo que también propusieron que el marco jurídico integral debería contemplar cuatro ámbitos de responsabilidad de la práctica sanitaria en el que se dirimen a nivel judicial las denuncias o reclamos:

ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD	CUERPO LEGAL	CONTENIDO
Responsabilidad disciplinaria profesional o deontológica	Ley de Federación Médica y Código de Ética Médica	Basada en las disposiciones de las normas de la deontología médica.
Responsabilidad Administrativa	Ley Orgánica de la Salud	Relativa a los establecimientos públicos y personas jurídicas, por actividades y cuidados suministrados por su personal.
Responsabilidad Civil	Código Civil	Resulta de disposiciones del Código Civil y se dirige a la actividad liberal y privada.
Responsabilidad Penal	Código Orgánico Integral Penal	Depende del Código Sustantivo, Adjetivo que tipifican y sancionan crímenes y delitos.

Cuadro 1: Propuesta del marco jurídico integral realizada por el gremio médico.

Adicionalmente, proponen que se debería desarrollar instancias y capacidades para la resolución extrajudicial de conflictos que incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Lo cual también la Asociación de Estudiantes de la Escuela de Medicina de la Universidad Central del Ecuador, a través del Presidente del Consejo de la Judicatura, solicita al Pleno de la Corte Nacional de Justicia que, *“se aclare el inciso tercero del artículo 146 del Código Integral Penal, aprobado por la Asamblea Nacional el día martes 28 de enero de 2014, mediante la misma se asegure que para la aplicación de este artículo se cumplan las tres condiciones concurrentes “acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas que sólo podrán valorarse una vez que se haya determinado la infracción al deber objetivo de cuidado [...]”*.

La Corte Nacional en su resolución interpretativa, publicada en el Registro Oficial suplemento 246 de 15 de Mayo de 2014, toma en consideración lo siguiente:

Que la Constitución de la República, en su artículo 66.1, garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida.

Que la Constitución de la República, en el inciso segundo del artículo 54, dispone que *“Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”*.

Que la Constitución de la República, en el artículo 75, garantiza a toda persona el acceso a la justicia y el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

Que el artículo 82 ibídem, al estructurar el derecho a la seguridad jurídica, determina que éste se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero del 2014, entrará en vigencia el 10 de agosto del 2014.

Que el artículo 27 del indicado código, al referirse a la culpa, expresa textualmente que:
“Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.”

Por lo cual resuelve:

Art. 1.- El Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo 146, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional, debe ser comprendido en su integridad.

Art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final.

Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

En relación con el nuevo artículo a la mala práctica profesional, el asambleísta y presidente de la Comisión de Justicia Mauro Andino resaltó que no solo los tres elementos: innecesarios, peligrosos e ilegítimos son tomados en cuenta para que sea apreciado un delito por mala práctica médica sino que también se toman en cuenta cuatro circunstancias adicionales como son:

1. La mera producción de resultados no configura infracción al deber objetivo del cuidado, es decir, si se ocasiona la muerte de una persona y no es consecuencia de la falta del deber objetivo de cuidado de ese profesional de la salud no tiene por qué responder ante la justicia y peor aún ser sentenciado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, *lex artis* aplicables a la profesión;
3. El resultado dañoso debe proceder directamente de la infracción al deber objetivo del cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas; y,
4. se analizará en cada caso, la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Señalo que del 100% del contenido del artículo 146, el 80% fue recogido de los dirigentes de los profesionales de la salud. No es que nosotros nos hemos inventado, apenas un 20% consta de lo que la Asamblea o la Comisión de Justicia aprobó, es decir se recogió la mayor parte de la propuesta presentada por este sector social.

Por otra parte explicó que como legisladores, construimos la norma para darles a los fiscales, policías y peritos los elementos para que de esta forma puedan efectuar la investigación. “Si los profesionales de la salud, en este o en cualquier otro caso infringieron con el deber objetivo de cuidado, si no cumplieron con las leyes, con los reglamentos, con las ordenanzas, si no contaron con los equipos necesarios o si esa intervención no era necesaria y sin embargo se la hizo, los peritos -que pueden ser calificados a través del Consejo Nacional de la Judicatura o una

terna que se puede solicitar al Ministerio de Salud- serán los que determinen posibles responsabilidades de los profesionales de la salud”, manifestó⁷.

4.5 Concepto de la infracción del deber objetivo de cuidado.

“El pensamiento de que la fracción de deber objetivo del cuidado es parte integrante de los elementos constitutivos del delito culposo en el Derecho penal, ya que la misión fundamental es la protección de bienes jurídicos, por lo que existe una prohibición general de desplegar conductas que puedan lesionar o poner en peligro interés legítimamente tutelados, ya que el deber general de cuidado se encuentra establecido con el fin de evitar que ciertas conductas quebranten derechos ajenos y basándonos en esto se puede demostrar que el injusto de los delitos culposos estaba determinado principalmente por la infracción a un deber objetivo de cuidado.” (Montealegre Lynett, 1987, pág. 282).

Porque cuando el bien jurídico de la vida o la integridad personal esta irremediablemente perdido, acelerar o adelantar el efecto como resultado de la infracción a un deber de cuidado por parte del médico involucra la imputación de ese efecto como del resultado, ya que se piensa que la vida tiene valor en sí misma y es inaccesible a todo tipo de cuantificación, por lo que el médico deberá usar las técnicas y medicamentos a su disposición o alcance mientras permanezca la esperanza de aliviar o curar la enfermedad.

Ya que la incurabilidad de la enfermedad no establece motivo para que el médico despoje de asistencia a un paciente; sin dejar de lado que la pérdida irreparable del bien jurídico no lo faculta para elaborar imprudentemente o negligentemente.

⁷ Entrevista realizada en Contacto Directo (Ecuavisa), el 20 de Enero de 2015.

Ya que como resultado de la infracción al deber de cuidado se perfecciona un resultado que era irremediable, este tendrá (el galeno en este caso) que responder penalmente por homicidio culposo.

Para poder establecer el contenido del cuidado necesario, no tiene importancia cual sea el cuidado que haya conseguido por prestar atención el autor, sino sólo cuál sea el cuidado necesario en la acción realizada. Por esta razón con el paso del tiempo y la repetición de circunstancias en la acción de los profesionales se ha reunido ciertos patrones de comportamiento o reglas, las cuales colocan al correcto desempeño de la ocupación del profesional, aquellos procesos que establecen la situación y el deber del cuidado en el proceder del galeno; a esto también se lo conoce como la *lex- artis*.

La *lex artis* es determinada por Romeo Casabona como “un conjunto de reglas, técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes pero a pesar de esto siempre ha de ir referida al caso concreto por las variedades que puede presentar con la situación típica prevista por las ciencias médicas. Ya que si hubiera una infracción a estas normas de orden técnico puede originar un hecho punible culposo”.

La conducta correcta, no se puede establecer nunca en un caso determinado por medio de los principios de experiencia ni de la reglamentación actual, sino se debería determinar a través del principio metodológico del ejercicio que realizaría el médico como un profesional con experiencia y siendo prudente en dicha situación.

“La punición del autor por culpa no depende sólo de que la acción haya determinado la aparición del resultado típico previsible y evitable para el sujeto, sino también de una característica adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por

el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos.” (Torio Lopez, s/n).

El deber objetivo de cuidado debe estudiarse en el campo de lo ilícito, siendo una conducta ilícita en la disposición que pueda introducirse en el tipo penal, y además que no esté autorizada por el ordenamiento jurídico. Habiendo las causales de justificación, siendo estas normas permisivas para realizar el supuesto de hecho, en donde existe una autorización del ordenamiento jurídico para obrar de esa manera y en el caso del Art. 146, es la inobservancia del deber objetivo de cuidado y la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Ya que se ha instituido la observancia del deber cuidado necesario para así evitar la lesión o puesta en peligro los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

Por esta razón en el delito culposo, la observancia del deber objetivo de cuidado es un elemento de la tipicidad y no una causal de justificación. Cumpliendo de esta forma el principio de determinación del hecho punible. La conducta prohibida debe estar descrita inequívocamente en el tipo penal, por lo que vale decir que el tipo culposo es un tipo penal abierto; lo cual le corresponde concretar cuál era el cuidado exigible en ámbito jurídico.

“En el caso de que no se encuentre normas definidas y preestablecidas para una cierta conducta en específico, se deberá comparar la conducta que siguió el sujeto con la que hubiera seguido en el mismo ámbito de relación uno prudente y diligente. Si existe divergencia en el juicio comparativo, es porque se ha infringido un deber de cuidado”. (Montealegre Lynett, 1987, pág. 287).

4.6 Concepto de innecesario.

Cuando un médico interviene para curar lo hace estando al tanto de las relaciones biológicas de causa-efecto, pero unas reacciones obtienen preverse, otras no. Acciones innecesarias habrían sido entonces las que van en contra de la previsión fundada de las relaciones causa efecto.

Los exámenes innecesarios o tratamientos injustificados se pensarán como los que han sido prescritos sin un previo examen general, que es la revisión general del paciente y de sus síntomas, también los que no corresponden a la situación clínico- patológico del paciente.

“Las reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no se encuentran dentro del riesgo permitido, ya que si un cirujano emprende una operación sobre un paciente sano, es decir, un tratamiento quirúrgico innecesario, porque no corresponde a la situación clínico- patológica del paciente, o tal vez solo para obtener honorarios profesionales, éste sería autor de homicidio culposo, aunque la muerte se produzca por reacciones incontrolables y súbitas del mismo⁸.” (Montealegre Lynett, 1987, pág. 292).

Si el médico realiza una conducta basada en las normas de la ética, a su buen juicio clínico, a su correcto juicio ético, sin realizar acciones innecesarias y a las normas escritas en la ley, no procederá culposamente y por lo tanto no será sujeto a juicios penales que le produzcan sanciones, ni a juicios civiles que le obliguen a remunerar el daño causado.

⁸ El autor también acota que además de ser un homicidio culposo, este concurriría con la estafa, porque a través de un medio engañoso siendo un tratamiento totalmente innecesario, el galeno obtuvo un desplazamiento patrimonial injusto.

4.7 Concepto de peligrosidad.

El sujeto tiene la obligación de observar las condiciones en las cuales va realizar su conducta. Por lo que se le impone fundamentalmente un deber de examen previo, un deber de advertir el peligro para el bien jurídico, el cual es el deber de cuidado interno.

“La imprudencia es una conducta positiva, consistente en una acción de la cual había que abstenerse, por ser capaz de ocasionar determinado resultado de daño o de peligro, o que ha sido realizada de manera no adecuada, haciéndose así peligrosa para el derecho ajeno, penalmente tutelado, es una ligereza, o sea un obrar sin precauciones.”(Altavilla, 1999, pág. 6).

Donde el primer deber que se deduce de la exigencia general de cuidado es el de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente, pues todas las precauciones tendientes a la evitación de un daño dependen, en su especie y cantidad de conocimiento del peligro amenazante. Ello constituye el cuidado interno, que se caracterizó como ‘deber de examen previo’.

“Esto consiste en la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar una acción, el cálculo del curso que va a seguir y de las eventuales modificaciones de las circunstancias que la rodean, así como en la reflexión acerca de cómo puede desarrollarse y que consecuencias se pueden derivar de un peligro advertido”. (Montealegre Lynett, 1987, pág. 288).

En el caso de los profesionales de la salud, se puede resumir que deben observar dos hechos fundamentales:

1. La evaluación adecuada del paciente, el médico deberá dedicar el tiempo necesario al paciente, para hacer la evaluación adecuada de su salud e indicar que exámenes son

indispensables para poder llegar a un diagnóstico preciso, todo esto deberá verificar personalmente antes de proseguir a una intervención.

2. El examen de la propia capacidad del médico, quien no tiene las condiciones necesarias para emprender la acción planeada, debe omitirla. Por lo que el médico, antes de aceptar un determinado encargo, analizara su propia capacidad, con el fin de evaluar si está en condiciones técnicas y físicas para asumir el tratamiento de un paciente. “Ya que si no lo hace, estaría faltando a un deber de cuidado interno, al deber de examen previo que lo obliga a prever los peligros posibles para el bien jurídico protegido”. (Montealegre Lynett, 1987, pág. 290).

Por otra parte existe el deber de cuidado externo, ya que después de haber podido analizar la posibilidad de advertir el peligro interno, se sigue el deber de realizar un comportamiento externo correcto con el objeto de evitar la producción del resultado típico, esto lo afirma Jescheck. Cualquier sujeto dentro de la sociedad, tiene los siguientes deberes para poder prever el peligro al que se podrían exponer:

1. “El deber de omitir acciones peligrosas, cuando el sujeto ha advertido el peligro, surge para él el deber de omitir toda acción que pueda conducir a la realización de ese peligro. Es a lo que se le denomina cuidado como omisión de acciones peligrosas.” (Montealegre Lynett, 1987, pág. 291).

El profesional de salud está en la obligación de evaluar su propia capacidad técnica para realizar una determinada actividad curativa. Si el galeno no es capaz de emprender correctamente la acción imaginada, incide en culpa, así durante el procedimiento despliegue asombrosos esfuerzos para alcanzar el éxito buscado.

El médico acepta una ocupación peligrosa, como el galeno que sin preparación suficiente para la realización de una difícil intervención, obra culposamente respecto a un resultado mortal, incluso si desarrolló todo el cuidado posible, pues por su falta de competencia no debió acceder al encargo de la difícil intervención.

2. El deber de conservar dentro del riesgo permitido. Los ciudadanos están en la obligación de impedir la realización de conductas que puedan terminar en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

En el momento en que se ponga fronteras al peligro, o un ‘riesgo permitido’ estaríamos poniéndoles límites a la profesión y al peligro y encasillándoles dentro de un peligro. Pero teniendo en claro que no es posible impedir todas aquellas labores que puedan forjar un peligro para los bienes jurídicos, porque si esto sucedería no podríamos llegar a una mejora en la condición del paciente, ya que los profesionales que desempeñan sus labores desarrollando conductas que ponen en peligro no sólo sus bienes, sino también los bienes ajenos, están contribuyendo a la evolución científica de su profesión, por lo que no se podría prohibir radicalmente estas acciones, esto involucra que a los pacientes que participan en la investigación diaria se les sea permitido colocar en peligro hasta cierto límite.

Gunter Stratenwerth afirma:

“En lugar de la prohibición de poner en peligro, aparece consecuentemente el mandato de limitar el peligro a la medida mínima que es inevitable, si se quiere permitir la actividad correspondiente. El residuo de peligro que queda se designa con la expresión de riesgo permitido”.

“Las reglas técnicas determinadas por la *lex artis*, establecen que el grado de cuidado que es necesario observar si se quiere evitar una determinada lesión o puesta en peligro” de un bien jurídico, ya que a pesar de la observancia del galeno, se produce un daño en la vida o integridad física del paciente, el resultado se encuentra dentro del riesgo permitido y por consiguiente no puede imputársele al médico.” (Montealegre Lynett, 1987, pág. 294).

La *lex artis* se le puede admitir en el ordenamiento jurídico como por ejemplo en los diagnósticos o tratamientos terapéuticos correctamente aceptados por las instituciones científicas legalmente establecidas en el ordenamiento jurídico, para que de esta forma se pueda impedir la experimentación injustificada.

Toda intervención que realice un médico que sea para poder curar algún enfermo y se encuentre dentro de *lex artis*, y aunque carezca de tipicidad, será totalmente justificada por la validez de sus acciones. Debemos destacar que quien admite un cometido peligroso, como el médico que sin preparación quirúrgica suficiente, practica una difícil intervención realizando una acción que debió omitir por lo que estaría obrando culposamente respecto al resultado mortal incluso si desplegó todo el cuidado posible, pues dada su falta de competencia no debió admitir el encargo emprendiendo la ejecución de un acto en sí mismo peligroso. Si el peligro no está legalmente tolerado, es una conducta imprudente que probablemente conduzcan a la lesión de un bien jurídico.

En el caso del médico ante la inminencia de un peligro, y existan situaciones que pongan en peligro la vida o la integridad de alguien y se requiera una acción inmediata, el ordenamiento jurídico deberá aceptar que personas no capacitadas inicien arriesgadas acciones de salvamento; siendo un conducta atípica ya que se encuentre dentro del riesgo permitido. Por lo que la

finalidad de prohibición es evitar resultados inesperados como consecuencia de riesgos innecesarios.

CAPÍTULO V

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y ARGENTINA

5.1 La mala práctica médica en la legislación Colombiana.

En Colombia, la responsabilidad médica es de medios y no de resultado; es decir el galeno no está en el compromiso de responder por la salud del paciente, pero sí de ofrecerle todo su apoyo en el cuidado para que haya una mejoría.

“Definitivamente, la relación médico–paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido, generalmente por una obligación de medios a empeñar todo su conocimiento, destreza y juicio clínico. Aunque ya la jurisprudencia nacional e internacional le ha asignado a ciertas áreas de la medicina la condición de obligación de resultados o fines”. (Ruiz, 2013, pág. 199).

5.1.1 Ámbito civil.

La disposición es justa en la medida en que si la víctima debe probar la culpa del directamente responsable, lo lógico es que solo la culpa del lesionado permita una exoneración parcial. Si el hecho de la víctima es causa exclusiva, poco importa que sea culposo o no. La reducción de culpas que se encuentra en el art. 2357 del Código Civil de Colombia, supone necesariamente que haya existido culpa de parte y parte; si la culpa de la víctima es causa exclusiva del daño, se repite, no cabe hablar de reducción, porque lo que se presenta es una exoneración total, pues el hecho es equiparable a la causa extraña.

El médico, cuando causa un daño antijurídico a un particular, bien sea por impericia, imprudencia, negligencia o violación del reglamento, deslegitima al Estado ya que transgrede uno de los fines cruciales del mismo, preceptuados en el art. 2 de la Constitución Colombiana el cual estipula que: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

También hay que tener en cuenta que si el profesional de la medicina es funcionario público desdibujaría la función administrativa consagrada en el art. 209 de la Constitución Colombiana, el cual manda que la función administrativa está al servicio de los intereses

generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

En Colombia, la Ley 23/81 y el Decreto 3380/81 son las normas que rigen la ética médica prescribiendo "(...) la ética, entonces, deja de ser pura filosofía y se plasma en unos cuerpos normativos completos que nos están señalando de manera específica como debe ser el comportamiento del profesional de la medicina o del profesional de la odontología para sostener que el mismo ha estado ajustado a la ética.

La sociedad no puede vivir sin normas ni valores por lo que la ética médica se basa en la responsabilidad moral y se convierte en jurídica cuando la acción realizada por el profesional de la salud llega a ser investigado por algún tribunal del Estado. Por lo tanto, la investigación de la responsabilidad médica es de máximo interés por implicar los valores de la vida y la integridad personal, que son fundamentalmente respetados por el Estado y por toda la sociedad.

Se debe mencionar que en el Código Disciplinario (CDU) de Colombia se encuentra establecido en la Ley 734 de 2002, que cualquier funcionario público que haya incurrido a alguna falta disciplinaria, será desviado del ejercicio de sus deberes. En el caso de los médicos será la Procuraduría la que está encargada de sancionar con amonestación o con la destitución de los médicos que hayan cometido alguna falta gravísima, grave o leve preceptúa; hay que recalcar que el ministerio público es el organismo con el ejercicio disciplinario para realizar las investigaciones y de esta forma poder llegar a determinar cuál será la sanción disciplinaria.

5.1.2 Ámbito penal.

“El devenir impropio con que actúe un profesional de la medicina es de por sí penalmente complejo, ya que la persona que preste un servicio médico puede adecuarse a conductas típicas, antijurídicas y culpables sancionadas con una pena, como sería las que regula el Código Penal Colombiano. Estas conductas antijurídicas son las que de manera general podemos citar como ejemplo de las posibles actuaciones típicas en que puede incurrir un médico sino ejerce dentro de los parámetros de la ética, la moral y la legalidad”. (Ruiz, 2013, pág. 213).

En cambio en el Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), se encuentra tipificada la mala práctica profesional, en su Art. 22 estipula que la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta, cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deje al azar. En el Artículo 23.- establece que la culpa es la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

5.2 La mala práctica médica en la legislación Argentina.

5.2.1 Ámbito civil.

En la Legislación Argentina, podemos darnos cuenta que la responsabilidad de la mala praxis se contempla tanto como en el Código Civil Argentino como en el Código Penal Argentino; ya que se observa la obligatoriedad de su compensación económica y de la ayuda asistencial restauradora en caso de ser requerida, fijar dentro de los títulos de las obligaciones, de los hechos jurídicos y de las obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos.

Esto último especialmente, a través del artículo 1109, “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”. Y del artículo 1113 del Código Civil que establece que “la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.

(Párrafo agregado por Ley 17.711) En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

Como también en los siguientes artículos del Código Civil Argentino donde se establece que:

- El art. 902 del Código Civil dicen: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, mayor será la obligación que resulte de la consecuencia posible de los hechos”.
- El art. 903 dice: "Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de los hechos."
- El art. 904: "Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando

la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas".

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

En estos casos civiles, se debe tener en cuenta el principio general del derecho y la legislación subsecuente, el cual muestra tanto a los Jueces como a los particulares, que quien demanda por un daño le corresponde comprobar no solo la extensión del daño, sino también que dicho daño es una consecuencia originario del accionar mal práctico, aunque esto debe efectuar no siempre es producto ni es considerado siempre así por parte de la Doctrina Jurídica.

“En efecto, se encontró en revisión por el Congreso Nacional el Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial para la Nación, por lo que la Cámara de Diputados sancionó dicho proyecto, que, entre otra gran cantidad de innovaciones a la legislación existente, expresaba que los profesionales de la salud debían ser ellos quienes probasen, es decir, demostrasen, que habían actuado con pericia, prudencia y diligencia ante la acusación por daños derivados de la mala praxis médica”. (Nora Iraolda, 2014).

5.2.2 Ámbito penal.

En cuanto a lo penal, el cuerpo normativo que regula esta materia, tipifica a la mala praxis de modo específico, a través de los delitos de homicidio culposos se encuentra en el Art.84 Código Penal Argentino, el cual estipula que: “Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia,

impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor”.

Y en el caso de los delitos de lesiones culposas se encuentra en el art. 94 Código Penal Argentino, el cual “impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 ó 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses”.

De las cuales la mala praxis, se deriva y, sanciona a quienes resulten culpables con penas de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión que haya generado la muerte o lesiones.

Esta pena fue discutida por la Asociación Médica Argentina por lo que los miembros actuaron, debatieron y llegaron a un acuerdo, la cual fue que la toma de decisiones en casos de mala praxis, la harán las Asociaciones Médicas, Universidades Nacionales y médicos en general, y por otro lado, advirtió al Congreso Nacional que no se puede comparar a un conductor de automóvil y su manejo con las labores que realizan un profesional de la salud.

La Asociación Médica Argentina presentó una clara diferenciación de las conductas médicas y una severidad mucho más atenuada y con otros requisitos en las consideraciones legales, respecto de los profesionales de la salud.

CONCLUSIONES

- La mala práctica médica implica una actuación con descuido, imprudencia, impericia, negligencia. Es decir, en el delito de la mala práctica médica se debe sancionar las acciones de los galenos al incumplimiento de la Lex Artis.
- La mala práctica médica es considerada como la falta del deber de cuidado, que en materia civil es sancionada por daños y perjuicios ocasionados a la víctima o damnificados indirectos pagando un valor económico para resarcir el daño causado. En materia penal por otra parte habrá una sanción más grave ya que es la privación de la libertad de 3 a 5 años de prisión para quien ejerza mala práctica profesionales, en el caso de que causara la muerte al paciente.
- El Estado mediante la Ley Orgánica de Salud y la Constitución garantizara y dará tutela para reconocer los principios de equidad, integralidad, pluralidad, calidad y eficiencia en el manejo de la salud y vida del paciente; con orientaciones a los derechos bioéticos.
- La mala práctica médica debe ser considerada como un delito independiente, ya que no solo aqueja al bien jurídico más importante que es la vida, sino también afectan a la

integridad física e incluso a la economía personal y familiar de la víctima. Por estas razones en el Ecuador se encuentra tipificado el homicidio culposo por mala práctica profesional en el código orgánico integral penal, Art. 146.

- Los delitos culposos son tipos abiertos, porque la acción típica no está definida en la ley y el juez ha de proceder a interpretar el tipo en el caso concreto para poder determinar qué tipo de acción se realizó.
- El autor de un delito culposo es aquel que viola un deber objetivo de cuidado, incrementando el riesgo que se concreta en la producción del resultado. Como ya lo mencionamos anteriormente los jueces deberán determinar en ciertos casos atípicos, cuál era el deber de cuidado exigible en la concreta situación, esto sucederá cuando no se cuente con los parámetros legales o con la *lex artis*.
- La teoría de la imputación objetiva, en el caso de los profesionales de la salud, será cuando este tome su posición de garante frente al paciente ya que cada individuo es portador de roles que deberán desempeñar para generar expectativas reciprocas y posibles reacciones en virtud a los derechos y deberes que tienen como sujeto; por lo que si el médico cumple correctamente con su rol y no se produce ningún daño, lesión o muerte no responderá penalmente.
- La omisión es la consecuencia de la falta de acción por parte del profesional de la salud, aun cuando estando obligados a realizar las acciones necesarias para salvaguardar la vida del paciente, voluntariamente no las realiza o no evita que se produzca el daño, cometiendo de esta forma una mala praxis médica.

- El error técnico del profesional, es apartarse de la *lex artis* o las reglas del arte médico no constituye la realización de un delito culposo. Ya que es concebible un fallo técnico que no implique violación al deber del objetivo de cuidado.
- El deber objetivo de cuidado siendo la forma como debe comportarse el médico en las labores de su profesión, para que su conducta se caracterice como adecuada o correcta; por lo que se infringe cuando el médico, no realiza los exámenes pertinentes, no utiliza las técnicas modernas que se encuentra en sus posibilidades o cuando emprende una operación, sin que previamente se hubiere valorado al paciente, ya que está obligado a cumplir el cuidado objetivo en la medida que se le sea posible.
- Hay varios aspectos que el juez debe tomar en cuenta para considerar a un caso como de mala praxis médica, tales como: comportamiento dañoso, existencia de un daño, nexo causal entre la conducta del médico y el daño, existencia de culpa del médico, innecesaria, ilegítima y peligrosa.
- El derecho penal en los delitos imprudentes propone un equilibrio en el actuar, en el cual se debe observar un cuidado necesario, para no lesionar ni poner en peligro, de forma antijurídica a los bienes jurídicos protegidos. De manera que se crea un mandato de observancia del cuidado jurídicamente exigido para los profesionales de la salud para impedir que se lesione a un tercero, en este caso al paciente.

RECOMENDACIONES

- Los legisladores, deberán crear un proceso extraordinario para el juzgamiento de estos juicios especialmente para la mala práctica médica, ya la autora concierne que se debería crear un tribunal especializado con carácter ‘médico-penal’, que conste con profesionales de la salud y un abogado especializado en mala práctica médica, con su respectivo nombramiento y posesionados en el cargo ante el Consejo de la Judicatura. Para que estos, formen parte en el análisis del caso denunciado y de esta forma se pueda garantizar que se conozcan o se esclarezcan aspectos médicos específicos que intervienen directamente en los procedimientos médicos ejecutados por un profesional de la salud y que pueden estar ajenos a la realidad jurídica.
- Cómo podrán asegurar los jueces o peritos en los casos donde se ha utilizado medicina experimentada y poder determinar si la acción realizada fue innecesaria, ilegítima y peligrosa. Por lo que para probar si existió una acción ilícita deberá preverse la inversión de la carga probatoria, dándole así la oportunidad al médico de demostrar si su acción fue

diligente y que actuó de forma correcta para cubrir todas las necesidades del paciente usando todos los medios posibles que se encontraban a su disposición.

- Los Jueces deberán bajo su propio juicio delimitar si la acción fue innecesaria o peligrosa o/e ilegítima, ya que este tipo penal ha quedado muy abierto a varias interpretaciones, por lo que en los casos concretos esto genera inseguridad jurídica a los médicos.
- Ya que el perito es el profesional que mediante sus características de contribuyente, guía y hasta un consejero del juez, se le deberá tomar en cuenta como un elemento de vital importancia en los casos de mala praxis médica.
- Los profesionales que quieran ejercer esta función de peritos deberán entrar a un proceso de capacitación de medicina experimentada o una capacitación más extensa en casos concretos de medicina. Los cuales deberán ser especializados en el área de Derecho y deberán probar su rigor profesional específico y amplio conocimiento científico.
- Por lo que también debería haber una ampliación en el proceso para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, contando previamente con un dictamen o pericia forense especializada de acuerdo con la materia que se está tratando, todo esto con el auxilio de peritos de reconocido prestigio y conocimientos.
- El Estado deberá velar que la educación brindada a las personas que desean restablecer la salud de la sociedad, sea totalmente veraz, idónea y actualizada en la ciencia de la medicina para que los futuros profesionales de la salud, sea completamente capaces de realizar cualquier intervención sin incurrir a un error, negligencia, impericia o intervenciones innecesarias a la mala práctica médica.

- Mediante la creación de un comité de responsabilidad profesional, se podría dar capacitaciones, talleres o seminarios médicos para que de esta forma se prevea llegar a procedimientos mal realizados y por ende a una mala práctica médica.
- El Estado deberá proporcionar estas capacitaciones permanentes del personal que trabaja en todo lo referente con la salud y en infraestructuras necesaria para el servicio de salud para un buen desempeño en las actividades laborales de los profesionales de la salud.
- Se recomienda también a los hospitales, clínicas o cualquier establecimiento médico (que cuente con todos los permisos de funcionamiento en regla), que dentro de lista del personal cuenten con un abogado para que puedan tener asesoría legal acerca de la prestación de sus servicios médicos y sus consecuencias con todo lo relacionado a la práctica médica, Para también poder informar al paciente y médico sobre aspectos legales de su interés.

BIBLIOGRAFÍA

- Alban Gomez, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.
- Altavilla, E. (1999). *La Culpa*. Santa Fè de Bogotà: Editorial TEMIS.
- Bacigalupo, E. (1970). *Delitos Impropios de Omision*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille.
- Bacigulpo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Benavente Chorres, H. (2005). *La imputacion objetiva en la comision por omision*. Lima.
- Benavente, H. (2005). *La Imputaciòn objetiva en la comision de omisiòn*. Lima.
- Cadavid Quintero, A. (1998). *Introduccion a la teoria del Delito*. Medellín: DIKE.
- Casabona, R. (1994). *Limites de los delitos de comisiòn por omisiòn, omisiòn e imputaciòn objetiva en derecho penal*. Madrid: Jornadas Hispano - Alemanas de Derecho Penal.
- Castro Riera, C. (30 de Enero de 2014). *El Mercurio*. Obtenido de Innecesario, Peligroso e Ilegítimo: <http://www.elmercurio.com.ec/416008-innecesario-peligroso-e-ilegitimo/#.U5ndTfl5OZc>

- Celi, P. Z. (11 de Diciembre de 2013). *El Comercio*. Obtenido de El apuro para aprobar en primer debate el Código Penal desgastó a AP: http://www.elcomercio.com.ec/seguridad/Codigo_Penal-COIP-Asamblea-delitos-justicia-Alianza_Pais_0_1045695487.html
- Chávez, D. V. (07 de Mayo de 2014). *Colegio Médico de Pichincha* . Obtenido de Codigo Integral Penal: <http://colegiomedicodepichincha.org/index.php/274-codigo-penal-integral>
- Cillo, A. B. (2005). Responsabilidad Profesional. En *Entre Colegas* (págs. 83-124). La Plata: Colegio de Obstétricas de la Provincia de Buenos Aires, Distrito I .
- Collazos, M. (julio de 2006). *La web de Maco048*. Obtenido de <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-16-Delitos-de-omision.html>
- Comercio, E. (2013). Obtenido de http://www.elcomercio.com/sociedad/mala-practica-medica-impune_0_705529641.
- Corcoy Bidasolo, M. (2008). *El Delito Imprudente - Criterios de imputaciòn del resultado*. Buenos Aires: B de F.
- *El Tiempo*. (17 de 12 de 2013). Obtenido de Asamblea aprueba Código Integral Penal que tipifica feminicidio: <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/134427-asamblea-aprueba-ca-digo-integral-penal-que-tipifica-feminicidio/>
- *Enciclopedia Juridica*. (07 de Noviembre de 2013). Obtenido de Enciclopedia Juridica: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/omision/omision.htm>
- Fernandez Cruz, J. À. (16 de Enero de 2014). *El delito Imprudente: la determinacion de la diligencia debida en el seno de las organizaciones*. Obtenido de <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v13/art08.pdf>
- Fontàn Balestra, C. (1961). *Derecho Penal (Introducciòn y Parte General)*. Buenos Aires.

- Garay, O. (2009). Tratado de responsabilidad civil en las especialidades médicas. Buenos Aires: Errepar.
- García Falconi, J. (2014). La Responsabilidad Médica en el Ordenamiento Jurídico Penal Ecuatoriano. *Ensayos Penales*, 79-88.
- Gimbernat, E. (2003). *La causalidad en la omisión propia y la llamada " omisión por comisión"*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Gracia Martín, L. (2004). *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia*. Obtenido de EL FINALISMO COMO MÉTODO SINTÉTICO : <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>
- Iraola, L. N. (2012). *Geosalud*. Obtenido de Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis: <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapaxis.htm>
- Islas de Gonzales Mariscal, O. (2006). *Instituto de Investigacion Juridica*. Obtenido de Responsabilidad penal por omisión.: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/13.pdf>
- Islas de González Mariscal, O. (2004). *Anàlisi lògic de los delitos contra la vida*. México: Trillas- UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas.
- Jeschek, J. (1978). *Tratado de derecho penal. Parte General*. Barcelona: Bosch.
- Künsemüller, C. (1986). Responsabilidad Penal del Acto Médico. *Revista Chilena de Derecho*, 259-269.
- Lascariz Jimenez, G. (2000). Mala Praxis, Responsabilidad de profesional en Medicina. *Medicina Legal en Costa Rica*, 1.
- Machado, J. (2009). *Apuntes Juridicos*. Recuperado el 8 de Octubre de 2013, de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-culpabilidad.html>

- Magallon, J. M. (2011). *Biblioteca Juridica Virtual*. Recuperado el 23 de Septiembre de 2013, de
LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr4.htm>
- Manzini, V. (1930). *Trattato di diritto penale*. Turin: UTET.
- Meincke, M. J. (2001). *La Mala Praxis Médica, Relaciones entre ética, derecho y medicina*.
Buenos Aires : AD- HOC.
- Montanelli, N. (2005). *Responsabilidad Criminal Médica*. Buenos Aires: García Alonso.
- Montealegre Lynett, E. (1987). *La culpa en la actividad medica: imputación objetiva y deber de
cuidado*.
- Morales, A. R. (s/n). *Negligencia en medicina*.
- Nacional, A. (09 de Diciembre de 2013). *La republicca*. Obtenido de
[http://www.larepublica.ec/blog/politica/2013/12/09/pleno-reanudara-debate-codigo-integral-
penal/](http://www.larepublica.ec/blog/politica/2013/12/09/pleno-reanudara-debate-codigo-integral-penal/)
- Ottolenghi, R. H. (2010). La Ley de Mala Práctica Médica. *Vistazo*,
<http://www.vistazo.com/webpages/columnas/?id=9839>.
- Pablo, C. J. (1981). Discurso A los participantes en el Congreso Internacional de Medicina Interna
y en el Congreso de la Sociedad Italiana de Cirugía General,. *L'Osservatore Romano*, 209.
- PENAL, U. D.-V. (14 de Enero de 2014). *El delito imprudente y la responsabilidad* . Obtenido de
<http://www.unav.es/ocw/dpenal2/pdf/n51.pdf>
- Portero, G. (2002). RESPONSABILIDAD PENAL CULPOSA DEL MÉDICO. *Revista
Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*.

- Rabinovich- Berkman, R. (1999). Responsabilidad del Médico. En R. Rabinovich- Berkman. Buenos Aires : Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Rabinovich- Berkman, R. D. (1999). *Responsabilidad del Médico*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Romeo Casabona, C. M. (2002). La Responsabilidad Penal del Médico por Mala Practica Profesional. *Revista de Derecho Penal*, 9 - 54.
- Romeo Casabona, C. M. (2002). La Responsabilidad Penal del Médico por Mala Practica Profesional . *Revista de Derecho Penal 2002-2 : delitos culposos II*, 9-55.
- Romeo, C. M. (2002). La Responsabilidad penal del médico por mala practica profesional. *Revista de Derecho penal, Delitos Culposos*.
- Royo Vilanova, R. (1955). *Anuario de Derecho Penal*.
- Rueda Martin, M. A. (2001). *La Teoria de la imputacion objetiva del resultado en el delito doloso de acciòn*. . Barcelona: Bosch.
- Ruiz, W. (09 de 09 de 2013). *La responsabilidad mèdica en Colombia*.
- Sànchez Silva, J. M. (2010). *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*. Barcelona: Bosch.
- Solano Porras, J. (07 de Julio de 2012). *El Seguro contra la Responsabilidad civil del Médico*.
Obtenido de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00151999000200006&script=sci_arttext
- Stratenwerth, G. (1982). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Publicaciones del Institutio de Criminologia de la Universidad Complutense de Madrid.
- Suarèz- Mira, C. (2006). *Manual de Derecho Penal* . Navarra: Thomson Civitas.

- TAMAYO MARTÍNEZ, J. (2007). LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE Y. *Novedades Jurídicas*, 12-23.
- Torio Lopez, A. (s/n). *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*.
- Vistazo, R. (27 de Octubre de 2011). *Vistazo Online*. Obtenido de <http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=17642>
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires.
- Wezlel, H. (1976). *Derecho Penal Aleman, Parte General*. Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Wong, P., Chávez, A., Huaytalla, J., Bocanegra, C., & Arévalo, J. (1995). Aspectos legales de la práctica médica. *Ética Médica, Artículos Seleccionados. Colegio Médico del Perú.*, 92.
- Zambrano Pasquel, A. (1995). *Manual de Derecho Penal*. Editorial Edino.
- ZÚÑIGA, L. (2001). *POLÍTICA CRIMINAL*. Madrid – España: Editorial Colex.

ANEXO



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

MEMORANDO No. PAN-FC-2010- 017

PARA: DR. FRANCISCO VERGARA O.
Secretario General

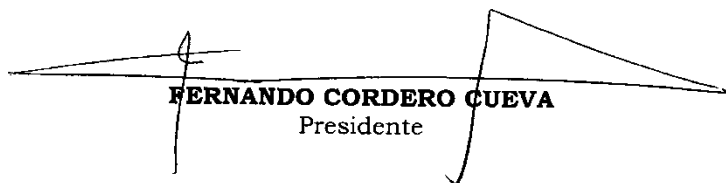
DE: FERNANDO CORDERO CUEVA
Presidente

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: 17H00
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 **EDIFVFQY59**
Tipo de documento MEMORANDO INTERNO
Fecha recepción 13-ene-2010 10:38
Numeración documento 014-gpp-ag
Fecha efecto 13-ene-2010
Remite PABLO GABRIELA
Razon social
Revise el estado de su trámite en:
<http://tramite.asambleaecuador.org.ec>
tramite@asamblea.org.ec

9 folios

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 casos 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 fisico 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 será reprimido con penas de reclusión 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 será 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 lesionado o sus familiares.

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

Artículo 22.- En toda sentencia condenatoria por mala práctica médica, 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.....



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

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

NOMBRES

FIRMAS

ROBERTO BARRERA

KLEVEN GARCIA

MARIA CRISTINA KRONFELT

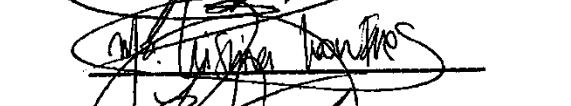
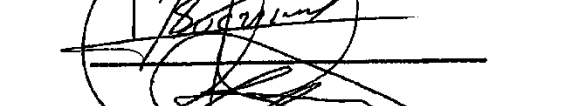
Abdeli Bucaram P.

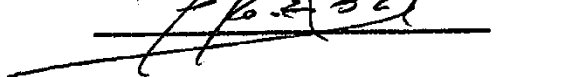
BERNARDO CACERES

Eduardo Eucalady

Fernando Poma



ANEXO 2



REPÚBLICA DEL ECUADOR ASAMBLEA NACIONAL

PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Es necesario expresar que el error es perfectamente lógico en cualquier actividad humana y la medicina no está exenta de éste, no es infalible. Pero el derecho a equivocarse, es también una responsabilidad que asume el individuo.

Una vez 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 a 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.

Los medios de comunicación continuamente revelan casos sobre mala práctica médica en el Ecuador, que han quedado en la impunidad por la inexistencia de una Ley sancionadora en el Código Penal.

En tal sentido recogiendo las iniciativas de quienes han mostrado preocupación por la temática, es necesario y conveniente que se apruebe una Ley que regule la mala práctica médica como delito.



REPÚBLICA DEL ECUADOR

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

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

RESUELVE

Incorporar al Código Penal un conjunto de artículos que se agreguen al Título VI de los "Delitos contra las Personas" y que se identifique como Capítulo "De la mala práctica médica". Estructurado de la siguiente manera:

TÍTULO VI
DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS
CAPÍTULO
“DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA”

Artículo ..: “El médico, cirujano, odontólogo, obstetriz, enfermera y en general cualquier profesional o persona que preste atención en el área de la salud; que culposamente, es decir por negligencia, imprudencia, inobservancia, e impericia provocare la muerte del paciente que se encontraba a su cargo, será sancionado con una pena de reclusión menor ordinaria que va de 3 a 6 años y deberá pagar una indemnización equivalente a 100 salarios básicos unificados”

Artículo ..: “En caso de que por la negligencia del médico, cirujano, odontólogo, obstetriz, enfermera y en general cualquier profesional o persona que preste atención en el área de la salud, se origine una lesión permanente con daño cerebral, se aplicará una pena de prisión que va de 2 a 3 años y deberá pagar una indemnización equivalente a 100 salarios básicos unificados”

Artículo ..: “El médico, cirujano, odontólogo, obstetriz, enfermera y en general cualquier profesional o persona que preste atención en el área de la salud; que de manera culposa provocare el contagio de una enfermedad incurable, será sancionado con pena de prisión que va de 1 a 2 años; y, cancelará una indemnización de 50 salarios básicos unificados. Mas si la enfermedad contraída por negligencia, imprudencia o impericia, causare la muerte del paciente, la indemnización será de 100 salarios básicos unificados”

Artículo ...: “Si por la negligencia del médico, cirujano, odontólogo, obstetriz, enfermera y en general cualquier profesional o persona que preste atención en el área de la salud, se produjere la pérdida parcial o total de un miembro o extremidad, se aplicará una sanción que inhabilite su ejercicio profesional por un período de 1 año y deberá pagar una indemnización que va desde 25 a 50 salarios básicos unificados”.

Artículo ...: “El médico, cirujano, odontólogo, obstetriz, enfermera y en general cualquier profesional de la salud que culposamente, por negligencia, imprudencia o impericia en el ejercicio de su profesión causare al paciente lesiones temporales derivadas de un error médico que comprometan su movilidad, ocasionándole una incapacidad menor a 30 días deberá pagar una indemnización equivalente 10 salarios básicos unificados .

Si la lesión temporal provoca incapacidad por más de 30 y menos de 60 días la indemnización será de 20 salarios básicos unificados.

Si la lesión temporal provocare incapacidad por más de 60 y menos de 90 días la indemnización será de 30 salarios básicos unificados.

Si la lesión permanente genera incapacidad parcial, la indemnización será por el equivalente a 40 salarios básicos unificados.

Si la lesión permanente origina una incapacidad total, la indemnización será de 50 salarios básicos unificados.

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

Dado, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, en la ciudad de Quito, a los.....

ANEXO 3



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL
COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

OFC. No. 272-CEPJEE-P
Quito, 14 de noviembre de 2013

Doctor
Luis Mármol
Director Médico del Hospital del IESS
Riobamba

Señor Director:

He leído su oficio No. 245111201-170, de 1 de noviembre de 2013, mediante el que me comunica ciertas decisiones de los Médicos del Hospital de Riobamba con respecto a la aprobación de la "**Ley de Mala Práctica Profesional en el Código Penal Integral**".

Permitir que equívocos, basados en el desconocimiento y el temor, sean el fundamento de declaraciones precipitadas me convertiría en parte de esta campaña de desacreditación de uno de los proyectos legales más importantes de la Revolución Ciudadana, por lo que considero mi deber realizar las siguientes precisiones:

1. **No existe ninguna "Ley de Mala Práctica Profesional"**. Hay que informarse bien antes de tomar decisiones, lo contrario es irresponsable.

Es vergonzoso que un grupo de profesionales de la salud con estudios universitarios no se informe sobre lo que realmente contiene el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Que ni siquiera se refieran al proyecto con propiedad sino como una "Ley de Mala Práctica Profesional".

El 13 octubre de 2011, el señor Presidente de la República envió a la Asamblea Nacional el proyecto de **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**, que se encuentra en segundo debate en el Pleno de la Asamblea Nacional.

El Proyecto original incluye el artículo 200, actual 146 sobre "**Homicidio culposo por mala práctica profesional**", que ha evolucionado por el trabajo desarrollado por asambleístas, sector justicia y profesionales de la salud.

El texto original enviado por el ejecutivo decía:

Artículo 200.- Mala práctica médica.- El profesional de la salud que, de forma culposa, provocare daños en la salud de las personas será sancionado con pena privativa de libertad de tres a



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL
COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

cinco años e inhabilitación para el ejercicio profesional por dos años adicionales al de la pena impuesta.

Si el profesional no observare los protocolos médicos, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año e inhabilitación para el ejercicio profesional por seis meses, y si producto de esta inobservancia se produce la muerte del paciente la pena privativa de libertad será de siete a once años.

Si se produce la muerte del paciente, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once e inhabilitación de por vida para el ejercicio profesional.

El profesional de la salud que prescriba o suministre estupefacientes fuera de los casos que indica la dosis terapéutica o notoriamente mayores de las necesarias, que provoquen daño en la salud será sancionado con pena privativa de libertad de tres a seis meses e inhabilitación para el ejercicio profesional por seis meses.

El texto del primer debate en la Asamblea Nacional:

Artículo 135.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que por culpa, en el desempeño de su profesión, ocasione la muerte de otra persona, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años y la inhabilitación para el ejercicio de su profesión de seis meses a un año.

Cuando se trate del profesional de la salud la pena de inhabilitación será de uno a tres años.

El texto del segundo debate en la Asamblea Nacional:

Artículo 145.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Además será inhabilitada para el ejercicio de su profesión por un tiempo igual a la mitad de la condena.

El texto aprobado en el Pleno de la Asamblea Nacional el 13 de octubre de 2013, y que es base del actual debate:

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

Además será inhabilitada para el ejercicio de su profesión por un tiempo igual a la mitad de la condena. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se tomarán en cuenta protocolos, guías, reglamentos o



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL
COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

cinco años e inhabilitación para el ejercicio profesional por dos años adicionales al de la pena impuesta.

Si el profesional no observare los protocolos médicos, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año e inhabilitación para el ejercicio profesional por seis meses, y si producto de esta inobservancia se produce la muerte del paciente la pena privativa de libertad será de siete a once años.

Si se produce la muerte del paciente, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once e inhabilitación de por vida para el ejercicio profesional.

El profesional de la salud que prescriba o suministre estupefacientes fuera de los casos que indica la dosis terapéutica o notoriamente mayores de las necesarias, que provoquen daño en la salud será sancionado con pena privativa de libertad de tres a seis meses e inhabilitación para el ejercicio profesional por seis meses.

El texto del primer debate en la Asamblea Nacional:

Artículo 135.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que por culpa, en el desempeño de su profesión, ocasione la muerte de otra persona, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años y la inhabilitación para el ejercicio de su profesión de seis meses a un año.

Cuando se trate del profesional de la salud la pena de inhabilitación será de uno a tres años.

El texto del segundo debate en la Asamblea Nacional:

Artículo 145.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Además será inhabilitada para el ejercicio de su profesión por un tiempo igual a la mitad de la condena.

El texto aprobado en el Pleno de la Asamblea Nacional el 13 de octubre de 2013, y que es base del actual debate:

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

Además será inhabilitada para el ejercicio de su profesión por un tiempo igual a la mitad de la condena. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se tomarán en cuenta protocolos, guías, reglamentos o



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL
COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

normas técnicas nacionales o internacionales a cada profesión,
si existen; así como las condiciones o circunstancias particu-
res en que se ejerció o practicó la profesión.

Lo subrayado resalta los cambios más importantes en texto y que son el resultado de múltiples conversaciones con el Ministerio de Salud y profesionales de la salud.

Debe quedar claro que la tipificación sobre la mala práctica profesional es un **mandato constitucional** del artículo 54 de la Carta Magna y es una **exigencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** ante casos dramáticos de mala práctica profesional. No es voluntad mía ni arbitrariedad personal introducir el artículo 146 del Proyecto de Ley. En cumplimiento de dichos mandatos, la Comisión de Justicia y Estructura del Estado y el Pleno de Asamblea Nacional decidió tipificar la mala práctica profesional en los términos indicados.

Es importante que los profesionales de la salud lean detenidamente este artículo que recoge lo positivo de los aportes recibidos por diferentes sectores.

No se ha discriminado a ninguna profesión, como se pretende desinformar, cada profesión tiene su propia **lex artis** o reglas de la experiencia que son las que traducen el deber objetivo de cuidado. Para el específico campo médico, hay también protocolos de atención que se deben seguir.

Para la determinación de la culpa se requiere, además, elementos de imputación que deben ser considerados por el juez al momento de emitir sentencia con base en hechos probados a través del auxilio técnico de **peritos expertos** en criminalística como la auditoría clínica forense o la medicina legal.

La interpretación parcializada de este texto —supuestamente dedicado a los profesionales de la salud— tal vez para confundir a la opinión pública, bien podría provenir de sectores políticos de oposición, mas no de médicos que forman parte del sector público y que deben fortalecer la lucha contra la práctica de profesionales sin pericia o negligentes.

2. Falso espíritu de cuerpo.

El espíritu de cuerpo, común entre los gremios profesionales, se expresa prestigiando sus tareas, mostrando los valores que contiene y destacando la mística del deber cumplido. La cohesión o este sentido de pertenencia no deben manipularse para encubrir a profesionales que no cumplen con responsabilidad sus obligaciones.

Debe ser interés de los colegios y federaciones de médicos —y de otros profesionales— que se castigue firmemente a los que por negligencia e im-



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL
COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

pericia faltan a sus obligaciones elementales y con mayor rigurosidad a aquellos que dolosamente causan daño a los usuarios.

La única manera de proteger a las víctimas y preservar el prestigio de la profesión es identificarse con la excelencia, la responsabilidad y el cumplimiento de sus obligaciones a cabalidad.

3. Necesidad de contar con condiciones mínimas indispensables para un servicio de calidad.

El eje fundamental de la Revolución Ciudadana es mejorar la atención en salud de toda la población. Es oportuno exigir condiciones mínimas para la atención a los pacientes.

Dentro de esta misma línea, la responsabilidad penal es personal y, en el caso de la muerte culposa, debe estar relacionada directamente con una conducta negligente del médico.

En este sentido, el texto del artículo 146 requiere que se tome en cuenta como un elemento indispensable "**las condiciones o circunstancias particulares en que se ejerció o practicó la profesión**". Es decir, qué conducta es exigible a un profesional frente a determinadas condiciones o circunstancias.

4. El chantaje de la renuncia masiva.

Sobre la renuncia masiva es necesario recordar que todo ser humano tiene derechos laborales, en este caso, a decidir sobre su futuro profesional. Lo que no es ético es el empleo de la amenaza para alcanzar fines que se ignoran y que podrían perjudicar a inocentes, pretendiendo a través de la intimidación que no se apruebe un texto que no conocen ni entienden.

Es un acto de absoluta irracionalidad sacrificarse con la renuncia para impedir algo que se ignora. El **diálogo** y no la amenaza es el medio democrático para cumplir objetivos que beneficien y den seguridad a todos los ecuatorianos.

Debe existir un equilibrio entre la libertad del profesional de la salud para ejercer su profesión y el derecho de las víctimas de profesionales negligentes e irresponsables. Un médico prolijo y cuidadoso debe tener toda la protección del Estado para el ejercicio de su profesión; el médico negligente debe ser sancionado con reglas claras.

5. Médicos extranjeros no certificados.

El Ministerio de Salud Pública ha emprendido el programa "Ecuador saludable vuelvo por ti", en el que se han inscrito también profesionales extranjeros que deben cumplir los mismos requisitos que los ecuatorianos, aun-



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

que la prioridad la tendrán los compatriotas especialistas que deseen volver al país.

Autoridades del mismo ministerio han expresado públicamente que algunas especialidades no pueden ser cubiertas con profesionales ecuatorianos y que el personal extranjero contribuirá a reducir el déficit de personal de salud.

En cuanto a sus remuneraciones, oficialmente se ha informado que serán similares a la que reciben los funcionarios que trabajan en la red pública de salud en el país.

En ningún momento las autoridades competentes han expresado su interés en contratar a extranjeros no certificados, por tanto, tal afirmación constituye alarma social y provoca inseguridad entre los mismos profesionales y estudiantes universitarios.

6. Distinción como persona no grata.

Si un grupo de médicos me distingue como persona no grata, atribuyo esta decisión a la ignorancia de lo que se discute y a la manipulación de algunos dirigentes gremiales que se han aprovechado de la confusión.

Mi labor como legislador es intachable y reconocida por todas y todos los ciudadanos de mi Provincia y del país.

La Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional —que presido— ha sido tan permeable a los profesionales de la salud que ha incluido una serie de recomendaciones en el artículo 146 citado.

Además, en el Proyecto de Ley se mantienen solo unas pocas conductas punibles vigentes y se ha eliminado varios tipos que sancionan con mayor dureza a los profesionales de la salud.

No ha existido en la historia de la legislatura una Asamblea ni una Comisión que haya mostrado mayor apertura al diálogo y al consenso con varios sectores sin distinción.

Les invito a leer detenidamente el oficio de 9 de octubre de 2013 presentado por la Presidenta de CEPSE, Lcda. Patricia Gaviláñez, y el Presidente de la Federación Médica Ecuatoriana, Dr. Alberto Narváez (adjunto copia del oficio), que entre otros propone el siguiente texto:

Art. 145.- Homicidio por mala práctica profesional. La persona que por menosprecio o descuido extremo infrinja un deber objetivo de cuidado en el ejercicio o práctica de una profesión, y ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres meses a cuatro años.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL
COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

La propuesta de estos dirigentes gremiales tiene varios errores y barbaridades, como el señalamiento de que **el profesional “actúa con menos-precio”**, lo que bien podría considerarse un delito de odio; para luego incluir el “descuido extremo” que va en contra del deber de cuidado. En definitiva, un híbrido dolo-culpa.

Por el contrario, el texto de la Asamblea Nacional es más preciso y protector de la actividad profesional.

Quienes merecen ser declarados personas no gratas son ciertos dirigentes irresponsables que juegan con el temor y necesidades de los grupos profesionales. Estos dirigentes avergüenzan a las asociaciones gremiales, que en lugar de buscar el bienestar para sus representados y la ciudadanía en general, defienden intereses ajenos o alimentan su ego.

Vaya mi recomendación a este grupo de profesionales de la salud, cuya noble labor debería marcar el norte en todo momento, para que mediten antes de respaldar decisiones de oportunistas que causan alarma social y hasta terror en base a interpretaciones impropias.

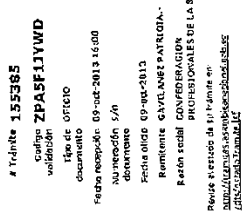
Le pido, señor Director, que este comunicado se difunda masivamente entre todos los profesionales de la salud a su cargo, con fin de evitar equívocos y que se juegue con las justas aspiraciones de los profesionales de la salud que cada día responsablemente mitigan el dolor y salvan vidas de muchas ecuatorianas y ecuatorianos.

Atentamente,

Dr. Mauro Andino Reinoso
**Presidente de la Comisión de Justicia
y Estructura del Estado**

C.C.

Gobernación de Chimborazo
Colegio Médico de Chimborazo
Federación Médica Ecuatoriana
Hospital Pablo Arturo Suárez



CONFEDERACIÓN DE PROFESIONALES DE LA SALUD (CEPSE)

Integrado por: Federación Médica Ecuatoriana, Federación Ecuatoriana de Enfermeras y Enfermeros, Federación Nacional de Obstetras y Obstetras, Colegio de Odontólogos de Pichincha, Colegio de Profesionales de Tecnología Médica de Pichincha y Asociación de Odontólogos del Servicio Público.

Japón 542 y Naciones Unidas Contactos 2250263 / fedesecre@hotmail.com

Gabriela Rivadeneira
Señoras y señores.

Quito, 9 de octubre de 2013.

ASAMBLEÍSTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL

De nuestras consideraciones:

Las organizaciones a las que representamos luego de un importante proceso de consulta, construcción democrática y colectiva de nuestra propuesta para el proyecto de Ley **"CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL"** nos presentamos muy respetuosamente ante ustedes, honorables legisladores; previamente manifestando que consideramos que el articulado que propone la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, en su informe para el segundo debate en el pleno de la Asamblea, es extremadamente lesivo a nuestros derechos, garantizados en la Constitución, pero anteriores y superiores a ella ya que se derivan de los principios fundamentales de los Derechos Humanos.

Alrededor de nuestra posición estamos unidos la Confederación, las federaciones, colegios y gremios profesionales de la salud, quienes presentamos la siguiente propuesta:

1. PREMISAS FUNDAMENTALES:

- 1.1. LAS ACCIONES U OMISIONES QUE CAUSEN DAÑO, COMETIDAS POR LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN CUMPLIMIENTO DE SU SERVICIO, NO SON DELITOS, PUES NO TIENEN PROPÓSITOS ANTIJURÍDICOS.
- 1.2. El **"CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL"** máximo puede establecer sanciones para los actos y omisiones culposas, que, en el ejercicio legítimo de las profesiones de la salud, por imprudencia temeraria negligente y grave ocasionen muerte, señalando siempre que estas acciones son culposas y no implican dolo;
- 1.3. Las normas que se refieren a daños a bienes jurídicos protegidos, atribuibles a los profesionales de la salud en cumplimiento de sus deberes, deben estar tipificadas en la Ley Orgánica de Salud, y deben ser juzgadas en sede administrativa, según procedimiento previsto en dicho cuerpo legal;

2. NUESTRA PROPUESTA:

Borrador segundo debate Propuesta gremios de la salud

Art. 27.- Actúa con culpa la persona que infringe un deber objetivo de cuidado que personalmente le corresponde y produce un resultado delictivo que no se representa o cuya probabilidad no acepta; y que, con el cuidado debido, no se hubiera producido. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este Código.

Artículo 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que viola un deber objetivo de cuidado por negligencia o impericia. La negligencia grave será, punible siempre y cuando se encuentre tipificada como infracción en la ley penal.

Art. 28.- Omisión dolosa. La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico; y, quien ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

Art. 28.- Negligencia Punible. La negligencia punible es la omisión grave entendida el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico; y, quien ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

Artículo 145- Homicidio culposo por mala práctica profesional. La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Además será inhabilitada para el ejercicio de su profesión por un tiempo igual a la mitad de la condena.

Artículo 145- Homicidio por mala práctica profesional. La persona que por menosprecio o descuido extremo infrinja un deber objetivo de cuidado en el ejercicio o práctica de su profesión, y ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres meses a cuatro años.

Art. 151.- Lesiones. La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

- Si producto de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.
- Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.
- Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.
- Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales, o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
- Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La lesión culposa, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.

Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio.

Artículo adicional

Art. 151 A.- Lesiones causadas en el ejercicio profesional.- Quien en el ejercicio legítimo de su profesión causare lesiones por negligencia punible y grave, conforme al artículo 28 de este Código y al principio de gradualidad de la pena establecido en el artículo 151 de este mismo cuerpo legal, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.

Art. 419. Prejudicialidad. En los casos expresamente señalados por la Ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no puede iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial.

Artículo 427.- Responsabilidad.- La o el denunciante no será parte procesal, pero responderá en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria.

PARÁGRAFO TERCERO

La pericia

Borrador segundo debate Propuesta gremios de la salud

Art. 519.- Reglas generales. Las y los peritos deben:

1. Ser profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia, acreditados por el Consejo de la Judicatura.
2. De no existir persona acreditada como perito en determinadas áreas, se debe contar con quien tenga conocimiento, experticia o título que acredite su capacidad para desarrollar el peritaje.
3. Desempeñar su función de manera obligatoria, para lo cual la o el perito es designado y notificado con el cargo.
4. La persona designada debe excusarse si se halla en alguna de las causales establecidas en este Código para las o los juzgadores.
5. Las o los peritos no pueden ser recusados, sin embargo el informe no tiene valor alguno si el perito que lo presenta, tiene motivo de inhabilidad o excusa, debidamente comprobada.
6. Presentar dentro del plazo señalado sus informes, aclarar o ampliar los mismos a pedido de los sujetos procesales.
7. El informe pericial debe contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma.
8. Comparecer a la audiencia de juicio y sustentar de manera oral sus informes y contestar los interrogatorios de las partes, para lo cual pueden emplear cualquier medio.
9. El Consejo de la Judicatura organiza el sistema pericial a nivel nacional, el monto que se cobre por estas diligencias judiciales o procesales, pueden ser canceladas por el Consejo de la Judicatura.

Artículo 519.- Reglas generales.- Las y los peritos deberán:

1. Ser profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia, acreditados por el Consejo de la Judicatura. Cuando se trate de casos de ejercicio profesional sanitario siempre se contará con peritos titulados y especializados en el área de la pericia.
2. De no existir persona acreditada como perito en determinadas áreas se contará con quien tenga conocimiento, experticia o título que acredite su capacidad para desarrollar la pericia. Cuando se trate de ejercicio profesional sanitario y no se

cuenta con peritos acreditados se solicitará un especialista en la materia objeto de la pericia a la Autoridad Sanitaria Nacional.

3. JUSTIFICACIÓN DE NUESTRA PROPUESTA:

3.1. SOBRE LO QUE ES DOLO Y LO QUE ES CULPA: Las infracciones pueden ser:

- Dolosas; o,
- Culposas.

Infracción Dolosa: Acto cometido con la intención de causar daño y con propósitos antijurídicos, definiría al DOLO;

Infracción Culposa: Acto no previsto, realizado sin la intención de causar daño y CUYA EJECUCIÓN NO TIENE PROPÓSITOS DELICTIVOS definiría a la INFRACCIÓN CULPOSA. Este es el caso de las actividades de profesionales y otros trabajadores de la salud.

Por lo tanto: Ninguna infracción culposa debe estar tipificada como DELITO, aunque si puede estar sancionada dentro del Código Penal, cuando se trata de culpa grave, eso sí, señalando siempre que no implica dolo. En el caso de los profesionales de la salud solo las infracciones dolosas deben estar tipificadas en el Código Penal.

3.2. SOBRE LAS CONDUCTAS PENALMENTE RELEVANTES:

Las conductas solo pueden ser consideradas como delitos, es decir, son penalmente relevantes únicamente cuando amenazan sin justa causa un bien jurídico, es decir, solo cuando tienen objetivos delincuenciales e injustos, y, únicamente en ese caso deben estar tipificadas en un Código Penal. Así lo establece, muy acertadamente, el Art. 31 del Proyecto de Ley:

“Art. 30.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica debe amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

Aquí en este artículo los señores asambleístas han expresado con mucha razón que la intención ofensiva no es el último punto de llegada, que tanto para el legislador como para el juez, es preciso entender cuál es el objeto, el propósito final del acto realizado con voluntad e intención. Que ese objeto para ser delito, para estar tipificado en un Código Penal, debe ser un objeto antijurídico.

El ejercicio legítimo de las profesiones de la salud no tiene ni la intención de causar daño, ni objetivos antijurídicos.

3.3. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y LA ANACRÓNICA JUSTICIA RETRIBUTIVA, EN SU NUEVA VERSIÓN: “EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”:

3.3.1. Los profesionales de la salud rechazamos el criterio de graduación de la sanción por el daño causado, la culpa del profesional de la salud, independientemente del daño causado, puede ser levísima, leve, grave, o puede no existir culpa como cuando se trata de caso fortuito o fuerza mayor;

Al respecto tres doctrinas:

Primera: Culpa – Nivel de Previsibilidad: Autores que sostienen que la previsibilidad es el fundamento de la culpa. Así, pues, la responsabilidad y la punibilidad se construyen, sobre el fundamento de la previsibilidad real presumida que el autor tuvo o la que pudo tener en el caso.

Segunda: Grado de culpa- Grado de responsabilidad: Es decir se parte del análisis del grado de la culpa, si es grave, leve o levísima, esta doctrina considera que no es posible prescindir de este análisis, pues en la práctica los jueces tienen en cuenta la mayor o menor gravedad de la culpa, a fin de establecer si el daño es reparable y de fijar el monto indemnizatorio.

Tercera: Nivel de daño –Nivel de Sanción: "Ley del Talion" (lex talionis) principio jurídico de justicia retributiva en que la norma imponía un castigo que se identificaba con el daño cometido, y en que la norma era usada como instrumento disuasivo. El término "talion" deriva de la palabra latina "talis" que significa idéntica o equivalente. La expresión más conocida de la ley del talión es "ojo por ojo, diente por diente". Doctrina **ANACRÓNICA Y AMPLIAMENTE SUPERADA POR LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Doctrina opuesta al principio de proporcionalidad reconocido en la el artículo 76 de la Constitución que ordena aplicar proporcionalidad a las penas, evidentemente bajo la visión de nivel de previsibilidad o nivel de culpa, o grado de culpa- Grado de responsabilidad no de justicia retributiva.

3.3.2. El Derecho Penal del Enemigo: Bajo la orientación anacrónica del principio jurídico de justicia retributiva se desarrolla actualmente como una "moda jurídica" una tendencia contraria al Derecho penal garantista, que se estableció en Montecristi este es el Derecho Penal del Enemigo. (Expresión acuñada por Günther Jakobs en 1985).

El Derecho Penal del Enemigo considera, al infractor culpable como NO ciudadano y probable delincuente, y considera al delincuente como enemigo de la sociedad, no cree en la prevención, ni en la rehabilitación, peor aún en la resocialización. **CREE EN LA "RETRIBUCIÓN CASTIGADORA", el confinamiento, la expiación de la culpa, LA PENA COMO INSTRUMENTO DISUASIVO.**

En lo pertinente este "Derecho" plantea:

Que existen individuos y profesiones más socialmente peligrosas que otras, por ejemplo, para este Derecho los adolescentes son socialmente peligrosos, pues "no han alcanzado el grado de responsabilidad requerido", "si tienen derecho al voto por lo tanto ... " en consecuencia se les debe imponer las mismas penas que para los adultos; y, ...

Existen profesiones más socialmente peligrosas que otras, contra quienes las ejercen, entre ellos los profesionales de la salud, deben tomarse medidas punitivas preventivas;

Para este "derecho" las profesiones de la salud son actividades potencialmente peligrosas, por ello hablan, eufemísticamente, de que ciertos profesionales son **"GARANTES" DE LA VIDA DE LAS PERSONAS.**

El Código Integral Penal al establecer algunas normas (principalmente las sobre lesiones) que se refirieren exclusivamente a penalizar el ejercicio de las profesiones de la salud, asume la orientación del Derecho Penal del Enemigo y justifica nuestro planteamiento de que estamos frente a una:

"Criminalización de las profesiones y de los profesionales de la salud"

El plantear que existen profesiones más peligrosas que otras, seres humanos más peligrosos que otros, es un prejuicio discriminatorio, atentatorio a los principios universales de los Derechos Humanos.

El concepto de **CULPA- CASTIGO, PECADO-CASTIGO** es un concepto arcaico, decimonónico. En doctrina se habla de la culpa social, la culpa no es moral, sino jurídica, es decir social. Por lo tanto, la política penal debe ser orientada no al castigo, no a la disuasión mediante el castigo, si a la reincorporación y resocialización.

3.4. SOBRE LA RELEVANCIA DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES DE LA SALUD:

- El ejercicio de las profesiones de la salud es: cumplimiento del deber y servicio público impuesto por la Ley y la Constitución. (Art. Art. 362.- de la Norma Suprema);

- Los profesionales de la salud en el ejercicio legítimo de su deber, tienen un propósito plenamente jurídico y moral: prevenir, curar, recuperar y rehabilitar a sus pacientes;

Por lo tanto, nosotros nos referimos a que existe un propósito plenamente jurídico en el ejercicio legítimo de las profesiones de la salud.

3.5. SOBRE LO QUE NO CONSTITUYE EJERCICIO DE LAS PROFESIONES DE LA SALUD, Y LA LLAMADA "MALA PRÁCTICA PROFESIONAL" COMO CONSTITUTIVA DE DOLO:

3.5.1. No existe un propósito jurídico, no es ejercicio legítimo de las profesiones de la salud, y evidentemente no es parte del cumplimiento de los deberes de servicio público del profesional de la salud las **ACCIONES U OMISIONES QUE TIENEN PROPÓSITOS DELINCUENCIALES**, acciones y omisiones que **SI DEBEN SER SANCIONADAS EN EL CÓDIGO PENAL**. Por lo que **ESTAMOS DE ACUERDO CON LA SANCIÓN DE DELITOS, TALES COMO:**

"Extracción ilegal de órganos y tejidos", "Tráfico de órganos", "Realización de procedimientos de trasplante sin autorización" "Irrespeto a la lista de espera única nacional", "Turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos",

"Aborto no consentido", "Aborto Consentido", "Aborto con muerte", "Manipulación Genética", "Terapia genética prohibida", "Propagación de enfermedad de alta letalidad", "Contaminación de sustancias alimenticias y medicinales", "Producción, fabricación, comercialización y distribución ilegal de medicamentos", "Desatención del servicio de Salud", "Suministro de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización" "Prescripción injustificada de "Sustancias Estupefacientes o Psicotrópicas sujetas a fiscalización o preparados que las contengan", "Falsificación, forjamiento o alteración de recetas", "Omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud".

3.5.2. LA LLAMADA "MALA PRÁCTICA PROFESIONAL" esta conceptuada como DOLO, por la Organización Mundial de la Salud, por lo tanto, es un contrasentido decir "homicidio culposo" y, añadir a continuación por "mala práctica". Cuando un acto es valorado como malo, significa que lo hemos calificado así porque tiene propósitos antijurídicos, por ser una acción injusta, es decir, por ser doloso, por ser realizado sin causa justa. Que es muy distinto a una acción culposa, ya que la culpa no comporta dolo: Por lo tanto, decir: Homicidio culposo por mala práctica profesional, es un error, la infracción culposa no es delictuosa, mientras que la maldad comporta delito. Para los tratadistas la "intención "mala" es delictuosa y, por delictuosa imputable y punible".

3.6. SOBRE LOS ARGUMENTOS POR LOS CUALES CONSIDERAMOS QUE LAS ACCIONES Y OMISIONES DAÑOSAS ATRIBUIBLES A LOS PROFESIONALES DE LA SALUD, EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE SU DEBER NO SON DELITOS:

- Las acciones y omisiones dañosas atribuibles a los profesionales de la salud, en el ejercicio legítimo de su deber no son delitos. En este caso no existe responsabilidad delictuosa dado que se elimina uno de los elementos fundamentales de la infracción criminal: la antijuridicidad, es decir, el propósito criminal.
- En el caso de las acciones u omisiones dañosas que en el ejercicio de sus deberes, son atribuibles a los profesionales de la salud, el objeto o finalidad de estas profesiones es condición única, es condición sine qua non **PARA LA NO EXISTENCIA JURÍDICA DE DELITO**. En cambio, los profesionales si son responsables de culpa y obligación civil, de reparación integral del daño causado, lo que se define como cuasidelito.
- En otros casos el delito existe jurídicamente por la sola intencionalidad, mas, en el caso de los actos realizados por profesionales de la salud, en el ejercicio de su servicio público y en cumplimiento de sus deberes, (al igual del caso de la legítima defensa por ejemplo), el objetivo final del acto debe ser causa de exclusión de la antijuridicidad.

- Las conductas solo pueden ser consideradas como delitos, es decir, son penalmente relevantes únicamente cuando amenazan sin justa causa un bien jurídico, es decir, solo cuando tienen objetivos delincuenciales e injustos, y, únicamente en ese caso deben estar tipificadas en un Código Penal. Como lo hemos visto, así lo establece, muy acertadamente, el Art. 30 del Proyecto de Ley.

- Los profesionales de la salud que dañan por falta de previsibilidad, prudencia, diligencia, inobservancia **NO SON DELINCUENTES**, pues no actúan con dolo. Deben ser rehabilitados, deben reparar integralmente a la víctima, mas, no deben ser castigados;

- Cuando la infracción es la expresión de una personalidad reincidentemente peligrosa, estamos frente a una pisco-patología y, por lo tanto, ni el concepto de **CULPA, NI EL DE DOLO ENCAJAN**.

Por ello consideramos que:

Deben ser suprimidas todas las normas que tratan como delitos las acciones meramente culposas, bajo el criterio de que las acciones de los profesionales de la salud tienen de por sí, propósitos antijurídicos o delincuenciales;

3.7. LO QUE DICE LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI EN SU ARTÍCULO 54:

De acuerdo al inciso segundo del Art. 54 de la Constitución de Montecristi, las personas son responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

La responsabilidad a la que se refiere el Art. 54, en el caso de los profesionales de la salud, no es, no puede implicar responsabilidad penal, los profesionales de la salud son responsables administrativa y civilmente por sus infracciones culposas, **ESTÁN OBLIGADOS A REPARAR INTEGRALMENTE A LA VÍCTIMA PERO NO PUEDEN SER TRATADOS COMO DELINCUENTES**, ya que es evidente que en el cumplimiento de su deber los profesionales de la salud **NO TIENEN EL PROPÓSITO** de poner en riesgo, amenazar o lesionar un bien jurídico protegido por la ley.

3.8. SOBRE NUESTRA PROPUESTA PARA EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA SALUD: En concordancia con lo expuesto, para el proyecto de Código Orgánico de la Salud, presentado por la iniciativa de algunos asambleístas del Movimiento PAIS, hemos propuesto que se incorporen:

JUZGAMIENTO EN SEDE ADMINISTRATIVA:

Para la vigilancia y control de la responsabilidad profesional en salud, y, entre otras funciones, para la investigación y sanción de las acciones u omisiones culposas, planteamos la creación del Consejo Nacional de Vigilancia y Control de la Responsabilidad Profesional en Salud;

Todas las acciones u omisiones culposas atribuibles a los profesionales de la salud deben ser juzgadas en sede administrativa. Son atribuciones de los jefes de las dependencias desconcentradas (Zonales, metropolitanos, Provinciales) del Consejo Nacional de Vigilancia y Control de la Responsabilidad Profesional en Salud: Tramitar y resolver los reclamos interpuestos ante su jurisdicción para juzgar los eventos adversos de la práctica sanitaria, para lo cual se apoyará en la estructura desconcentrada de la Unidad de Juzgamiento Administrativo y en la Dirección Ejecutiva.

ALGUNOS ARTÍCULOS PERTINENTES DE ESTA PROPUESTA:

TÍTULO VI

Consejo Nacional de Vigilancia y Control de la Responsabilidad Profesional en Salud

Sección I

Atribuciones y conformación

Art. 395.- Para la vigilancia y control de la responsabilidad profesional en salud crease, con sede en Quito, el Consejo Nacional de Vigilancia y Control de la Responsabilidad Profesional en Salud como un organismo público, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera, que se organizará de manera desconcentrada, y ejercerá sus atribuciones en todo el territorio nacional. Estará dotado de patrimonio y fondos propios que provendrán del presupuesto general del Estado y tendrá jurisdicción coactiva para la recaudación de los recursos que la Ley determine.

Art. 396.- El Consejo Nacional de Vigilancia y Control de la Responsabilidad Profesional en Salud tiene por finalidad elaborar y proponer a la Autoridad Sanitaria Nacional las políticas públicas relativas a sus competencias y ejercer las potestades establecidas en la presente Ley.

JUZGAMIENTO:

Art. 403.- El Directorio del Consejo Nacional de Vigilancia y Control de la Responsabilidad Profesional en Salud ejercerá las siguientes atribuciones:.....

Juzgar en sede administrativa, de oficio o a petición de parte, los eventos adversos de la práctica sanitaria.

DEL PROCEDIMIENTO:

Art. 415.- El jefe de la dependencia desconcentrada del Consejo para ejercer su competencia como Juez administrativo, sea a petición de parte o de oficio se regirá por el siguiente procedimiento:

a) Conocido el hecho o suscitada alguna queja por parte del paciente, representantes legales, familiares y/o beneficiarios, éstos o sus representantes presentarán a las oficinas de las dependencias desconcentradas del Consejo donde se ejecutó el acto médico, sus respectivos reclamos. La autoridad que reciba el

pliego de peticiones tiene el plazo de diez días laborables para notificar a la parte médica involucrada en el percance;

b) El jefe de la dependencia desconcentrada del Consejo abocará conocimiento de la causa, convocará a las partes a una Audiencia de Conciliación, y posteriormente, luego de escuchar la exposición de los hechos y pruebas que se presenten, en la misma audiencia propondrá a las partes una fórmula de acuerdo. De llegarse a un acuerdo este tendrá fuerza de resolución definitiva;

c) De no haber acuerdo entre las partes, el jefe de la dependencia desconcentrada del Consejo, abrirá la causa a prueba y en el plazo de 30 días hábiles dictará la resolución; y,

d) El jefe de la dependencia desconcentrada del Consejo resolverá la sanción correspondiente y el monto de los daños y perjuicios ocasionados si fuere del caso. El proceso no durará más de 40 días hábiles desde la presentación del reclamo, incluidas las investigaciones; peritajes; comparecencia de personas, funcionarios del sector público y/o privado; visitas e inspecciones y, todo aquellos actos ordenados por el jefe de la dependencia desconcentrada del Consejo para esclarecer la verdad de los hechos imputados o reclamados.

"Art. 380.- Si en el ejercicio de la práctica profesional se produce un daño a la salud del paciente, la responsabilidad de los profesionales u otro personal de la salud y entidades de salud será calificada como culpa grave, moderada o leve.

a) Constituye culpa grave, cuando el procedimiento asumido comporta un evidente riesgo o inconveniente de notoria y previsible repercusión negativa sobre el paciente que podría ser previsto por cualquier persona;

b) Constituye culpa moderada, cuando el procedimiento asumido comporta riesgo o inconveniente no evidente, difícilmente previsible que no podría ser previsto sino por ciertas personas; y,

c) Constituye culpa leve, cuando el procedimiento asumido comporta riesgo o inconveniente de muy difícil previsión, incluso con disponibilidad de recursos técnicos extraordinarios y en circunstancias de un entorno óptimo."

"Art. 381.- Se exime de responsabilidad a los profesionales de la salud que en sus procedimientos ocasionen daños atribuibles a evolución natural de la enfermedad, caso fortuito, fuerza mayor, o fuerza irresistible."

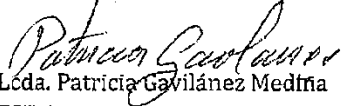
382.- Corresponde a la Autoridad Sanitaria Nacional a través del Consejo la investigación de los eventos adversos de la práctica sanitaria la investigación y sanción de las infracciones culposas: inobservancia de normas y procedimientos, impericia, imprudencia y negligencia en el ejercicio de las profesiones de la salud, y sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria. La aplicación de este artículo deberá hacerse siempre en relación con la disponibilidad de recursos necesarios para el evento."

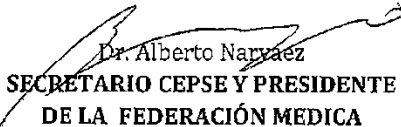
"Art. 383.- Para establecer la existencia de un acto culposo deberá determinarse que dicho acto sea imputable, voluntario, que no anticipo sus consecuencias posibles y previsibles, que fue realizado sin intención de causar daño ni tuvo propósitos antijurídicos, que ocasionó perjuicio al paciente, y que se verificó por inobservancia de la Ley, reglamentos u órdenes, impericia, imprudencia, o negligencia

4. SOLICITUD:

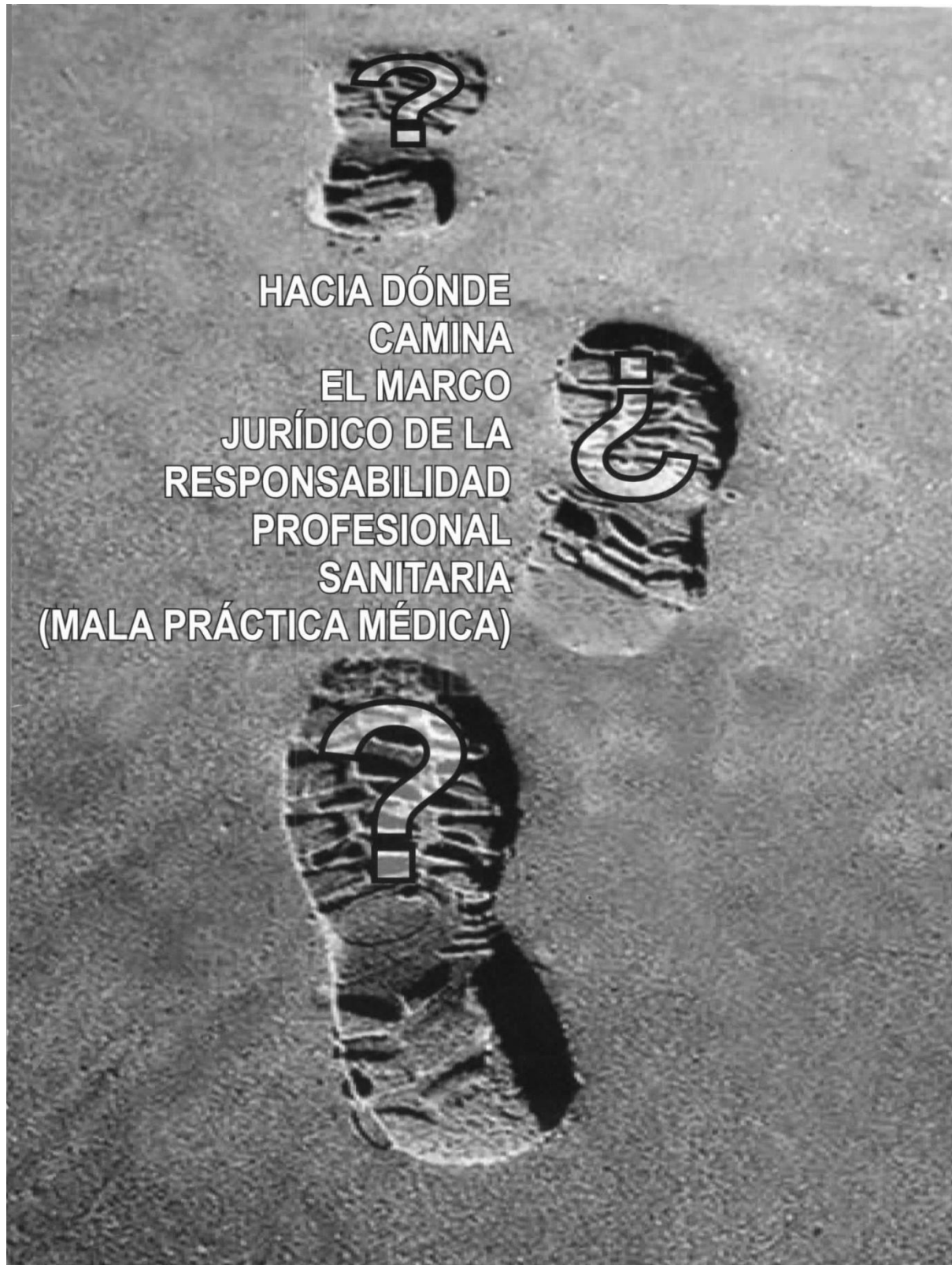
LOS PROFESIONALES DE LA SALUD SOLICITAMOS DE LA MANERA MAS COMEDIDA SE DEBATA Y SE ASUMAN ESTAS OBSERVACIONES POR SER CONSTITUCIONALES Y AJUSTADAS A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Atentamente,


Lcda. Patricia Gavilánez Medina
**PRESIDENTA CEPSE Y PRESIDENTA
DE LA FEDERACIÓN ECUATORIANA
DE ENFERMERAS
050151122-4**


Dr. Alberto Narváez
**SECRETARIO CEPSE Y PRESIDENTE
DE LA FEDERACIÓN MEDICA
ECUATORIANA
170396095-3**

ANEXO 4



Después de la aprobación y entrada en vigencia del Código Integral Penal, el 10 de agosto de 2014, se evidencia que este cuerpo legal no es suficiente para conseguir la reducción de errores sanitarios y limitar las denuncias o demandas injustificadas por mala práctica profesional o por errores sanitarios (lesiones o daños morales). Existen todavía vacíos, limitaciones y falencias en los cuerpos legales relacionados con la Responsabilidad Profesional Sanitaria a nivel penal, civil administrativo y deontológico.

Para contribuir con la construcción de un marco jurídico integral que brinde seguridad jurídica a la práctica sanitaria los gremios presentamos una propuesta que abarca los siguientes ámbitos:

- Reformas al Código Integral Penal,
- Un capítulo específico sobre Responsabilidad Profesional Sanitaria del Código Orgánico de la Salud, que actualmente se encuentra en debate en la Asamblea Nacional,
- Desarrollo de instancias especializada en la resolución extrajudicial de quejas, denuncias o demandas por errores sanitarios.
- Una propuesta de elementos que deben considerarse para la Regulación de Peritos Sanitarios,
- Una propuesta para elaborar un baremo (pisos y techos) de indemnizaciones por errores sanitarios, para el ámbito penal, administrativo y civil.

Esta propuesta es el resultado de un trabajo colectivo de decenas de dirigentes de los profesionales de la salud. La propuesta de Libro VI de la Ley Orgánica de la Salud o Código Sanitario fue construida por delegados de instituciones que forman parte del Consejo Nacional de Recursos Humanos en Salud-CONARHUS, que incluyeron a los representantes gremiales de médicos, enfermeras, odontólogos, obstetrices y tecnólogos médicos.

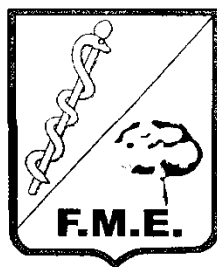
El debate de esta contribución no será fructífero si desde el Estado no se organiza un diálogo institucionalizado con la participación de

todos los actores relacionados con esta importante problemática. La imposición autocrática de cualquier cuerpo legal solo traerá inestabilidad y crisis a la salud pública del país. Para lograr un debate amplio y democrático presentamos también una propuesta de diálogo institucionalizado.

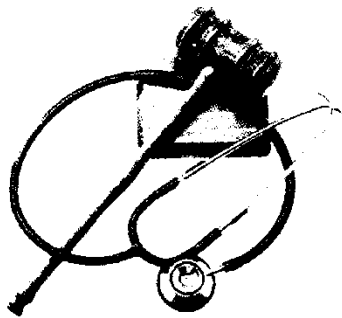
En la presente publicación presentamos los elementos más importantes de la propuesta para que todos los profesionales de la salud tengamos ideas homogéneas. Este material es a la vez un recurso de capacitación para prevenir errores sanitarios, errores jurídicos y enfrentar demandas, quejas o denuncias.

Armando Salcedo Arana
**Presidente de la Federación
Médica Ecuatoriana**

Guillermo Barragán Moya
**Presidente del Colegio
Médico de Pichincha**



Propuesta del marco jurídico integral respecto al profesional sanitario



ANTECEDENTES

En los últimos meses del año 2014 se evidencia una crisis jurídica de la práctica sanitaria que se caracteriza por:

La multiplicación progresiva de las demandas a nivel civil aun antes de la entrada en vigencia del COIP, con pretensiones de indemnización excesivas, entre uno a tres millones de dólares. Según fuentes extraoficiales del 10 de Agosto, día en el que entró en vigencia el COIP, hasta el 20 de este mismo mes se han presentado 320 demandas; la mayoría de éstas son por daños morales. Del 10 de agosto al 10 de septiembre se estima se presentaron cerca de seis denuncias a nivel penal. De seguir esta tendencia en el presente año tendremos más de 1500 acciones a nivel civil y 30 a nivel penal.

Este incremento de la tendencia a la denuncia es resultado de la pobre comprensión de demandantes y patrocinadores sobre derecho médico y el ligero como desmedido llamado a que la población denuncie.

Adicionalmente los fallos judiciales en contra del Dr. Carlos López (cirujano general) por el caso de la Clínica Pichincha y la sentencia en contra de médicos en el Puyo (por homicidio simple) constituyen nefastos precedentes jurídicos. Los fallos develan por un lado la tendencia que los jueces y fiscales están tomando para crear precedentes en contra de los profesionales de la salud, particularmente de médicos-as; por otro lado, una inadecuada aplicación de la Ley por parte de los administradores y servidores de justicia.

En el caso de la Srta. Masoyet, de nacionalidad francesa, no se aplicó el Código Penal vigente hasta el 10 de agosto, se juzgó por el delito de amparo al paciente en situaciones de emergencia (Capítulo III, Arts. 7; 8 y 9) de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente. Lo anterior evidencia que el objetivo del COIP de incluir en el mismo todos los delitos y culpas punibles no se cumplió, ya que persisten varios cuerpos legales en los que se sancionan con prisión, culpas. Del análisis que hemos hecho de este caso, si se aplicaría el Art. 146 del COIP, normativa que sistematiza las partes sustantiva y adjetiva, sobre mala práctica profesional, la actuación del Dr. Carlos López no sería sancionada.

Esta crisis jurídica de la práctica sanitaria ha provocado, lo que ya advertimos, prácticas defensivas particularmente en los cirujanos. En muchos servicios de salud públicos y privados los profesionales sanitarios se abstienen de intervenir y refieren los casos graves a los servicios públicos de mayor complejidad, lo cual está colapsando los servicios de tercer nivel. En los hospitales los médicos tratantes y residentes eventualmente se negarían a realizar intervenciones si no cuentan con los recursos necesarios; en la medida que hoy hay grandes carencias en todos los servicios, estos se paralizarían.

Para reducir el impacto negativo de este problema, que ya fue advertido por los gremios de profesionales de la salud, se

establecieron en el acuerdo verbal que el Presidente de la República hizo con un grupo de profesionales sanitarios en el Ministerio del Deporte los siguientes compromisos:

1. Que la Corte Nacional de Justicia emita una resolución interpretativa del Art. 146, particularmente del inciso tres.
2. La formulación y aprobación de parte de la Asamblea Nacional de un capítulo específico sobre responsabilidad profesional sanitaria en Ley Orgánica o Código de la Salud para la investigación, sanción y prevención de errores sanitarios que no configuran mala práctica.
3. Definir un marco legal, tanto para el nivel penal, civil y administrativo de pisos y techos de indemnizaciones referentes que reduzcan las pretensiones excesivas contra profesionales de la salud.
4. La obligatoriedad de que las instituciones cofinancien seguros para reparación de siniestros.
5. Capacitación de peritos sanitarios.

Hasta la presente fecha solo el primer compromiso se cumplió y parcialmente el quinto. Por más de tres meses los representantes de los gremios de profesionales asistimos a reuniones con asesores de la señorita Ministra Carina Vance, sin ningún avance en los tres compromisos no cumplidos. Es preocupante que tanto en la propuesta de la Comisión de Salud de la Asamblea Nacional, como en la emitida por el Ministerio de Salud Pública no se incluyen ninguno de estos compromisos.

Por lo expuesto, los gremios de profesionales de la salud exigimos el cumplimiento de los tres compromisos y otras medidas complementarias que permitan disponer de un cuerpo legal integral que de seguridad jurídica a la práctica sanitaria, mejore la calidad de la atención y proteja los derechos humanos de usuarios y de los profesionales de la salud.

El marco jurídico integral debería contemplar cuatro ámbitos de responsabilidad de la práctica sanitaria en el que se dirimen a nivel judicial las denuncias o reclamos:

AMBITO DE RESPONSABILIDAD	CUERPO LEGAL	CONTENIDO
Responsabilidad disciplinaria profesional o deontológica	Ley de Federación Médica y Código de Ética Médica	Basada en las disposiciones de las normas de la deontología médica.
Responsabilidad Administrativa	Ley Orgánica de la Salud	Relativa a los establecimientos públicos y personas jurídicas, por actividades y cuidados suministrados por su personal.
Responsabilidad Civil	Código Civil	Resulta de disposiciones del Código Civil y se dirige a la actividad liberal y privada
Responsabilidad Penal	Código Orgánico Integral Penal	Depende del Código Sustantivo, Adjetivo que tipifican y sancionan crímenes y delitos.

Adicionalmente, se deben desarrollar instancias y capacidades para la resolución extrajudicial de conflictos que incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje.



En los últimos meses del año 2014, en la Asamblea Nacional se están debatiendo reformas Código Orgánico Integral Penal (COIP) y que la Comisión del Derecho a la Salud de la Asamblea Nacional por un lado y el Ministerio de Salud Pública por otro están socializando un proyecto de Código de Salud.

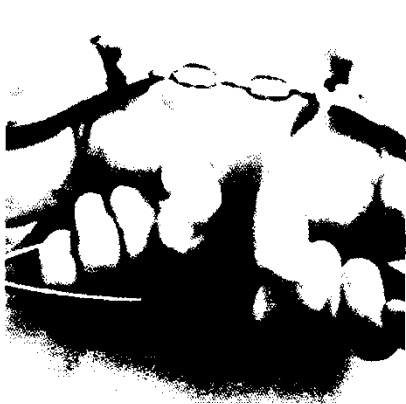
Efectivamente es de dominio público que el Presidente de la República, presentó a la Asamblea Nacional el 14 de julio pasado,

el proyecto de reformas al Código Orgánico Integral Penal (COIP), relacionado básicamente a tipos penales, sobre la violación de los derechos de propiedad intelectual, encontrándose en el debate inicial en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de dicha Asamblea. Creemos que dicha apertura permitirá tratar y ampliar el debate y enmendar lo que consideramos como subjetividades, vacíos de forma y de fondo, relacionados tanto con la tipicidad de la mala práctica profesional, como a normas conexas que inmiscuye o inciden mayoritariamente a los profesionales de la salud.

En cumplimiento a los fines señalados en las leyes de las Federaciones de Profesionales Sanitarios (Art. 3 de la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana), exponemos las inquietudes y el sentir de la clase reflejada en las siguientes proposiciones, mismas que han sido previamente socializadas con nuestros agremiados.

Al ser de vital importancia para los gestores de salud los principios, preceptos, políticas, normas operativas, disciplinarias, de regulación, protocolos y más disposiciones que buscan sistematizar en un solo cuerpo normativo, solicitamos ser recibidos por la Comisión de Salud para sustentar y motivar adecuadamente nuestra propuesta.

2.1. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD PENAL



Ante el inusitado incremento de acciones de denuncias y acciones penales, las bases de nuestras organizaciones, coinciden en que se incorporen en la parte sustantiva penal, armonizando en un solo cuerpo, diversos hechos que conllevan punibilidad y que expresamente no han sido derogados. Ello afecta la unidad y sistematización que se busca instrumentar con el COIP, a saber:

2.1.1 Incorporar en la Tipicidad definida en la norma interpretativa del Art. 146 del COIP emitida por la Corte Nacional de Justicia.

La Resolución Interpretativa de la Corte Nacional, expedida con N°. 01-2014, de 24 de abril del 2014, respecto a la forma de entenderse el infringir el deber objetivo de cuidado, se le incorpore en la tipicidad descrita en el Art. 146 del COIP o como artículo innumerado siguiente. Ello dotará de seguridad jurídica prevista en el Art. 82 de la Constitución.

Instancia responsable: Asamblea Nacional

2.1.2. Derogación de leyes conexas de hechos que conllevan punibilidad

Al ser uno de los fines del COIP, el recodificar e integrar en un solo cuerpo la legislación punitiva, se torna un imperativo eliminar las que contradicen tal objetivo. Deben ser derogados los artículos que contemplan prisión en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, por ser esta ley de menor jerarquía del COIP.

Instancia responsable: Asamblea Nacional

2.1.3. Incluir Responsabilidad y corresponsabilidad penal de las entidades de derecho público

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, descritas en el Art. 49 del COIP, en la parte inicial señala: "...En los supuestos previstos en éste Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras, de derecho privado son penalmente responsables por delitos cometidos..." (Lo subrayado es nuestro). Sobre la base del principio de unidad, equidad, uniformidad, responsabilidad, fortalecimiento de los servicios, entre otros, debe hacerse extensivo la responsabilidad penal a las entidades de derecho público, invocamos los Arts. 32, 314, inciso segundo, 361 y 363.3 de la Constitución.

Instancia responsable: Asamblea Nacional.

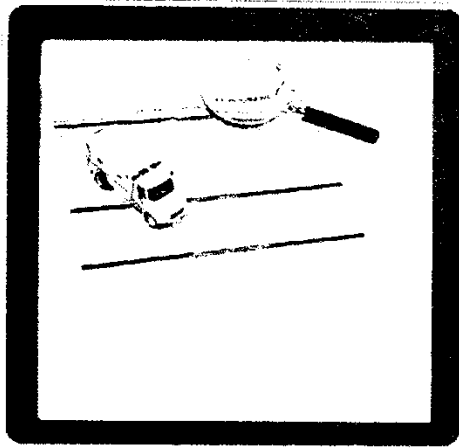
2.1.4. Elementos de Procedibilidad en el Código Penal

Ante el eventual incremento de acciones punitivas sin sustento, ni elementos previos de convicción, creemos imperativo, implementar reformas como las sugeridas por el tratadista ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel, en el Estudio Introdutorio al Código Orgánico Integral Penal, Libro Primero, Parte Especial, Tomo II, pp. 208-209, que no afectarían preceptos, principios y tendencias doctrinarias recogidas en dicho cuerpo legal, como son:

1. Incluir en el Art. 146 del COIP como inciso quinto: "Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado, se deberá contar previamente con el dictamen, o pericia forense especializada de un organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control. En el caso de errores sanitarios este ente debe ser la Superintendencia de Control de Calidad de la Práctica Sanitaria (ver propuesta de COS), que deberá contar con cuerpo colegiado de especialistas forenses. Este presupuesto se constituiría en un presupuesto de procedibilidad de necesario cumplimiento, previo a la acción penal.

Lo anterior tiene como sustento el art. 213 de la Constitución, que señala: "... Que las mismas son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales, y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas, privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general..." y el inciso final del Art. 581 del COIP, al señalar como presupuesto de procedibilidad previo a la acción penal en los delitos de peculado y de enriquecimiento ilícito, un informe previo emitido por la Contraloría General del Estado.

2. Igualmente nos permitimos transcribir lo sugerido por el citado jurisperito, a cuyo criterio en tal aspecto nos adherimos de subsidio: "...Sugerimos que en el Art. 30 del COIP que contempla las causas de exclusión de la antijuricidad y que en primer párrafo refiere a la legítima defensa y al estado de necesidad, y en el segundo párrafo al cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, se



agregue: tampoco existe infracción penal cuando se actúa en ejercicio legítimo de un derecho, profesión, arte u oficio..." Ibídem pp. 209 (lo subrayado es nuestro).

Instancia responsable:
Asamblea Nacional.

2.1.5. Formular un reglamento de peritos especialistas sanitarios

El Consejo Nacional de la Judicatura ha capacitado a más de 300 peritos sanitarios, fundamentalmente médicos y ha formulado un reglamento de peritos sanitarios. Sin embargo, creemos que este reglamento es insuficiente por lo que proponemos en una Contribución al Reglamento al Perito Gestor de Riesgos Sanitarios especialista en ciencias médicas tanto para el ámbito de responsabilidad penal, como para el ámbito civil, administrativo y disciplinario. Este mismo reglamento será útil para regular a asesores defensores de profesionales o acusadores en casos de denuncias o demandas.

El objetivo de esta contribución es establecer lineamientos para regular la función de Perito Gestor de Riesgos especialista en medicina como figura útil para el auxilio de los distintos intervinientes en una reclamación médica. Creemos que es necesario establecer una completa regulación que alcance la tipología del Perito Gestor de Riesgos especialista en medicina, los requisitos que ha de reunir, los principios que ha de regir su actuación, sus derechos deberes e incompatibilidades, la designación del Perito Gestor de Riesgos especialista en medicina y su cese, el abono de honorarios.

La creación de un órgano asesor y de control servirá para reforzar esta institución y su credibilidad al tiempo que le dotará de mayores garantías de objetividad en el ejercicio de su función.

Propuesta del marco jurídico integral: responsabilidad profesional sanitaria

En este proyecto se tratan siete puntos básicos:

1. Clases de peritos que podrán actuar ante los órganos públicos y de justicia.
2. Principios que deben regir su actuación.
3. Derechos, deberes e incompatibilidades del perito en su actuación.
4. Requisitos que ha de reunir el Perito según su clase.
5. Designación y nombramiento del Perito para caso concreto.
6. El Órgano de asesoramiento y control.
7. Estructura y contenido que ha de reunir el Informe Pericial que elabore.

Para acceder al documento completo consulte nuestra web:

Instancia responsable: Consejo de la Judicatura

2.2. AMBITO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA

2.2.1. La formulación y aprobación de un capítulo específico sobre responsabilidad profesional sanitaria en la Ley Orgánica o Código de la Salud

En las propuestas de Código Orgánico de la Salud presentada por la Comisión de Salud de la Asamblea Nacional y en la del Ministerio de Salud Pública no existe un Título relacionado con responsabilidad profesional sanitaria, a pesar de que este fue un acuerdo con el ejecutivo.

Proponemos que en la Comisión de Salud de la Asamblea Nacional se discuta la propuesta desarrollada en el CONARHUS. Por más de dos años en el Consejo Nacional de Recursos Humanos en Salud (CONARHUS) los gremios de profesionales de la salud y delegados de instituciones del Sistema Nacional de Salud hemos elaborado una propuesta de “Libro V. Del recurso o talento humano en salud” de la

Ley Orgánica de la Salud que contiene los siguientes títulos:

- Título I. Del ejercicio de las Profesiones Sanitarias
- Título II. De la Formación del Recurso Humano en Salud
- Título III. De la Carrera Sanitaria
- Título IV. De los derechos y deberes del Recurso o Talento Humano en Salud
- Título V. De los derechos de los pacientes
- Título VI. De la responsabilidad profesional sanitaria

Instancia responsable: Consejo de la Judicatura

2.2.2. Creación de una Superintendencia de Control de Calidad de la Práctica Sanitaria

En las propuestas de Código Orgánica de la Salud de la Asamblea Nacional y en la del Ministerio de Salud Pública se establece la creación de una Agencia o Superintendencia de Vigilancia y Control de la Calidad de la Práctica Sanitaria dependiente del MSP. En la medida que el MSP, además de ser autoridad sanitaria nacional, es un proveedor de servicios sanitarios una agencia tendría conflicto de intereses. En la literatura mundial se reporta que cerca del 70% de los errores sanitarios son responsabilidad institucional (errores indirectos).

En el "Título VII. Superintendencia Nacional de Vigilancia y Control de la Responsabilidad Profesional en Salud" de la propuesta de Ley Orgánica de la Salud elaborada por el CONARHUS se desarrolla la propuesta de creación de este organismo de control.

Instancia responsable: Asamblea Nacional

2.2.3. De las responsabilidades de las instituciones (públicas, privadas y comunitarias) del Sistema Nacional de Salud

En las propuestas de Código Orgánico de la Salud presentados por el Ministerio de Salud Pública y por la Comisión de Salud de la Asamblea Nacional se ha eliminado los siguientes artículos:

"Art. 201.- Es responsabilidad de los profesionales de salud, brindar atención de calidad, con calidez y eficacia, en el ámbito de sus competencias, buscando el mayor beneficio para la salud de sus pacientes y de la población, respetando los derechos humanos y los principios bioéticos.

Es su deber exigir condiciones básicas para el cumplimiento de lo señalado en el inciso precedente."

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

En la medida que más del 70% de los errores sanitarios tienen una determinación sistémica exigimos que se restituyan estos artículos. Adicionalmente solicitamos que sean incluidos en el Código Orgánico de la Salud los siguientes artículos, que constan en el Capítulo III. De las responsabilidades de las instituciones (públicas, privadas y comunitarias) del Sistema Nacional de Salud del Título VI de la propuesta del CONARHUS:

Art. 457.- Las entidades de salud están obligadas a brindar las condiciones adecuadas para la prestación de servicios y a vigilar el cumplimiento de las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a cada profesión.

Art. 458.- Si un daño, lesión o defunción se produce por deficientes condiciones de trabajo o mala organización del trabajo de los servicios de salud, los representantes legales de la entidad en la que ocurrió el hecho serán administrativa, civil y penalmente responsables.

Art. 459.- Existe acumulación de responsabilidad entre el funcionario o servidor de la salud y la administración para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas: la natural o la jurídica.

Instancia responsable: Asamblea Nacional

2.2.4. Corresponsabilidad de pago de seguros por responsabilidad profesional de instituciones empleadoras públicas o privadas

La literatura científica reporta que los errores sanitarios son muy frecuentes (3.5% a 40%). Muchos de los errores tienen la raíz o el origen del evento no son resultados de un acto individual, sino de múltiples acontecimientos médicos y sanitarios; estos tienen su causa en los sistemas institucionales y no necesariamente en las personas, y que el 95% de los errores ha sido cometido por personal bien entrenado. En otros estudios se reporta que cerca del 70% son errores indirectos es decir atribuidos al sistema, a carencias o mala calidad de insumos o medicamentos.

Solicitamos que se legisle para que en las instituciones públicas y privadas sea obligatorio el seguro por responsabilidad civil profesional, con por lo menos tres coberturas: asesoría jurídica y defensa, indemnizaciones y contrademandas. Este seguro debe ser cofinanciado en un 70% por la institución.

A continuación exponemos los argumentos jurídicos y técnicos de esta petición.

La Constitución en el Art. 32 garantiza que el Estado genere políticas económicas, sociales, entre otras, que permitan el acceso permanente y oportuno, acciones y servicios integrales de salud. Así mismo el Art. 314, inciso segundo, Art. 363.2.3 señalan al Estado como responsable de fortalecer los servicios estatales de salud. Concordantes con tal premisa, la Ley Orgánica de la Salud, en los Arts. 4; 9 literal i); 10; 52; 54; 62 inciso segundo; 129; 171; 181; 201; 203; por citar algunos, señalan la obligatoriedad de

las entidades gubernamentales de generar acciones que permitan dotar de un servicio de salud adecuado, oportuno, con calidad y calidez; así como determina las atribuciones, funciones y alcance de los profesionales y servicios sanitarios.

Sobre la base del art. 54 de la Constitución Política, inciso final, como se ha dicho, se incorporó en el art. 146 del COIP, el delito culposo por mala práctica profesional, para efectos de responsabilidad punitiva por infringir el deber objetivo de cuidado, descritos en dicha tipicidad. Para eventuales responsabilidades de carácter civil y administrativo, se prevé determinar, tablas, baremo y montos de eventuales indemnizaciones, en otras normativas que pedimos ser incorporados en tales formulaciones, al ser directamente involucrados.

Según la literatura especializada más del 70% de los errores sanitarios se deberían a falencias, carencias, limitaciones que, pese a los esfuerzos institucionales, se presentan en el sistema de salud; particularmente en lo relacionado a la dotación oportuna de personal operativo y especializado; recursos e insumos hospitalarios. Estos factores no dependientes de los profesionales de la salud inciden en el funcionamiento de las unidades de salud y hospitalaria, como en el desempeño de sus integrantes, generando preocupaciones en los gestores de la salud al estar expuestos individual, solidaria o subsidiariamente con las entidades o empresas que lo conforman, a infinitos riesgos e intranquilidades y posibles acciones administrativas o judiciales.

Estos riesgos o exposiciones se están incrementándose vertiginosamente, constituyéndose en un imperativo buscar mecanismos paliativos o tutelares; entre éstos, un seguro de responsabilidad civil profesional, capaz de absorber los posibles costes (asistencia jurídica, costes casuísticos e indemnizaciones, etc.). Lo anterior proporcionaría una forma más tranquila y segura del ejercicio de la profesión, ya que al mismo tiempo mantendría una tutela al asegurado y daría a la sociedad una certeza de que su equilibrio económico, social y emocional ante eventuales situaciones que se podrían suscitarse. Con la contratación del seguro preventivo,

se estaría dotando de determinada estabilidad que permitiría el ejercicio profesión en forma más distendida, sin tener que apelar a una eventual medicina defensiva, que no hace otra cosa que generar mayor tiempo y costo.

El seguro de responsabilidad civil médica, al estar en ciernes en nuestro país, se vuelve inaccesible a los profesionales de la salud asumirlos en forma individual, con la inminencia que en las consultas privadas se incorpore su consto. Tal limitación se refleja, con mayor notoriedad en el sector público, dada la relación de dependencia laboral, el potencial crecimiento de pacientes y por ende mayor exposición, se reducen la posibilidad de adquirir dichas coberturas en forma particular. Es necesario que las entidades de salud estatales asuman dicho servicio, facilitando o coparticipando, con porcentajes mayoritarios, en la adquisición de seguros colectivos de responsabilidad civil médica.

Nuestro pedido tiene como sustento también la existencia en el sector público de pólizas asumidas y cubiertas en un porcentaje mayoritario por el Estado, como son las de fidelidad, tipo blanket, mediante las cuales cada institución pública contrata pólizas de seguro de fidelidad de funcionarios y empleados caucionados, en los casos y cuantías determinados en el Reglamento para Registro y Control de Cauciones, expedido por la Contraloría General del Estado y publicado en el Registro Oficial 120 de 8 de julio de 2003.

Instancia responsable: Asamblea Nacional

2.2.5. Creación de instancias especializadas de resolución extrajudicial de conflictos

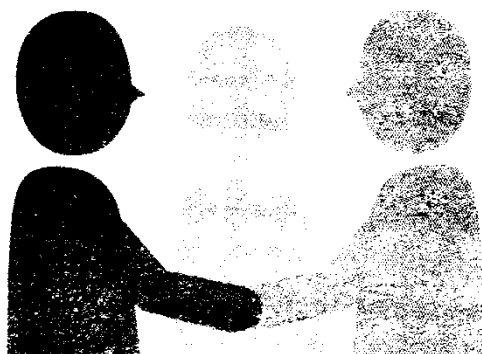
La experiencia de México y Chile de la creación de instancias especializadas para la resolución extrajudicial de conflictos ha permitido resolver más del 70% de quejas o denuncias a través de estrategias de resolución de conflictos como son: la negociación o conciliación, mediación y arbitraje, sin llega a procesos judiciales. Tanto la mediación, arbitraje, como la conciliación jurídica son métodos de resolución alternativa de conflictos, como medio de acceso a la justicia que evita y descongestiona procesos administrativos

tradicionales del poder judicial. Están basados en la democracia, la pacificación social, el diálogo, el respeto, y el consenso para la convivencia.

Desde el punto de vista jurídico, mediación, conciliación y arbitraje no tienen el mismo significado, ni régimen; el denominador común es el carácter amistoso de común acuerdo sin recurrir a instancias judiciales. Tanto la mediación como la conciliación jurídica y arbitraje son métodos de resolución alternativa de conflictos, como medio de acceso a la justicia que evita y descongestiona procesos administrativos tradicionales del poder judicial. Están basados en la democracia, la pacificación social, el diálogo, el respeto, y el consenso para la convivencia.

Proponemos como instancias de resolución de conflictos especializados en responsabilidad profesional los siguientes:

1. Comités de Gerencia de Riesgos Sanitarios en Unidades de Salud Hospitalarios y de Distritos Sanitarios (ver propuesta de CONASRHUS). Proponemos que a nivel de cada hospital y de cada distrito sanitario se creen estos Comités que son grupos de trabajos permanentes para prevenir, vigilar, investigar, remediar errores sanitarios y realizar acciones de conciliación, mediación ante quejas o denuncias.



En las Universidades donde hay facultades de derecho se deben crear instancias de mediación y arbitraje.

Proponemos que en el Código Orgánico de la Salud sea obligatorio el hecho de tratar de llegar a una conciliación antes de presentar una demanda, o ser un trámite obligatorio dentro del procedimiento judicial.

Definiciones

La conciliación, en Derecho, es un medio alternativo para solucionar conflictos, a través del cual las partes resuelven directamente un litigio con la intervención o colaboración de un tercero.

Existen dos tipos de conciliación: la conciliación prejudicial y la conciliación judicial.

La conciliación prejudicial es un medio alternativo al proceso judicial, es decir, mediante ésta las partes resuelven sus problemas sin tener que acudir a un juicio. Resulta un mecanismo flexible, donde el tercero que actúa o interviene puede ser cualquier persona y el acuerdo al que llegan las partes suele ser un acuerdo de tipo transaccional. Es decir, es homologable a una transacción.

La conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto mediante una sentencia; en este sentido es una forma especial de conclusión del proceso judicial. El tercero que dirige esta clase de conciliación es naturalmente el juez de la causa, que además de proponer bases de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada, dentro del marco de la legalidad.

El arbitraje, en Derecho, es una forma alternativa de resolver un litigio sin acudir a la jurisdicción ordinaria. Las partes, de mutuo acuerdo, deciden nombrar a un tercero independiente, denominado árbitro, y que será el encargado de resolver el conflicto. El árbitro, a su vez, se verá limitado por lo pactado entre las partes para dictar el laudo arbitral. Deberá hacerlo conforme a la legislación que hayan elegido las partes, o incluso basándose en la simple equidad, si así se ha pactado.

Cuando un arbitraje se ajusta a la legalidad, sustituye completamente a la jurisdicción ordinaria, que deberá abstenerse de conocer el litigio. Sin embargo, sí que será necesario acudir a la misma (a través de la acción ejecutiva) cuando sea necesaria la intervención de las autoridades para hacer cumplir el laudo arbitral.

Entre las ventajas del arbitraje se encuentran su celeridad, su

flexibilidad y el hecho de que se pueden pactar los costes con anterioridad.

La Mediación y la Conciliación son mecanismos alternativos de solución. Son dos las diferencias más evidentes entre la mediación y la conciliación consisten en que: 1) El mediador se rige por el principio de neutralidad, buscando un acuerdo consensuado y aceptado por las partes, que siguen siendo las protagonistas del proceso; mientras que el conciliador como es el árbitro se rige por los principios de imparcialidad y justicia, y decide unilateralmente un acuerdo que es aceptado por las partes (el conciliador es el protagonista principal del proceso); 2) El acuerdo logrado en un proceso de mediación es vinculante jurídicamente para las partes (es decir, si las partes lo incumplen, tienen consecuencias judiciales previa homologación en un juzgado civil o de familia), también el acuerdo logrado a través de un proceso de conciliación, tiene consecuencias jurídicas, y su incumplimiento puede derivar en un proceso judicial.

Instancia responsable: Consejo de la Judicatura y Dirección de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

2.3 BAREMO PARA EL CÁLCULO DE INDEMNIZACIONES

Definir un marco legal, tanto para el nivel penal, civil y administrativo para fijar baremo (pisos y techos de indemnizaciones), para reducir las pretensiones de reparaciones excesivas contra profesionales de la salud.

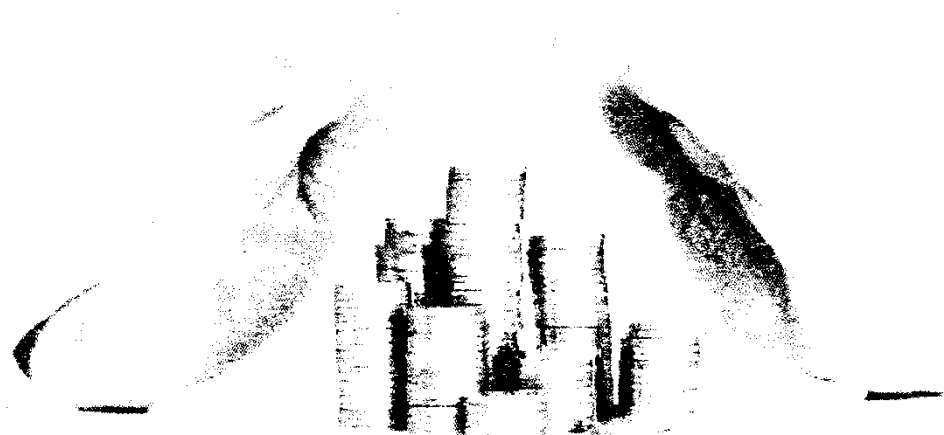
Propuesta	Instancia responsable
3.1. A nivel penal la Corte Nacional de Justicia debe aprobar un reglamento con criterios para definir un Baremo específico para mala práctica profesional.	Corte Nacional de Justicia
3.2. En el Código Orgánico de la Salud incluir en el capítulo específico de sanciones por errores sanitarios que contemple criterios o reglas para establecer un baremo para el cálculo de indemnizaciones por daños producidos en las actuaciones de los profesionales sanitarios.	Asamblea Nacional

En el texto siguiente exponemos nuestra propuesta y los argumentos legales y científicos de la misma. Esperamos que las diferentes instancias involucradas en el tema consideren nuestras motivaciones y desde el ámbito de sus altas funciones y atribuciones, generen acciones, lineamientos y disposiciones que permitan, un profundo análisis, socialización y aplicación, de las inquietudes aquí manifestadas.

El constituyente ecuatoriano en el Art. 54 de la Carta Magna elevó a premisa constitucional, la responsabilidad en general del profesional; sumado a ello, resoluciones de instancias internacionales, que recomendaron se desarrolle una punibilidad específica inherente a la responsabilidad profesional, en particular la médica.

Sobre la base de éstas premisas, se vienen incorporando en la estructura jurídica, normativas relacionadas con la responsabilidad, como el art. 146 del COIP, en tratándose de homicidios culposos; las regulaciones en normativas específicas siguiendo la teoría de la previsión se buscarían determinarlas también en el orden

Proyecto De Ley Orgánica De Salud / Código Orgánico De Salud



disciplinario –administrativo-, contractual- civil-. Por lo manifestado, al acrecentarse quejas y denuncias que tienen como pretensión reparaciones, multas o indemnizaciones desorbitantes y sin nexo de causalidad, se servirá considerar los siguientes planteamientos inherentes a tal aspecto.

1. El art. 363-e, en su numeral tres, del Código Orgánico Integral Penal, determina mecanismos de reparación integral, entre otros, en el numeral dos señala: "...Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, se refiere a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción y que es evaluable económicamente." Al no existir tablas, elementos de valoración ni baremo específico para tal cálculo, las acciones y pretensiones de los supuestos afectados se están sobredimensionando, tanto en lo punitivo, en lo administrativo y civil, siendo imperativo determinar techos y pisos en tales ámbitos, como en otras legislaciones.

-
2. En tal virtud, la Corte Nacional de Justicia, acorde a las competencias establecidas, en su Art. 180.6, del Código Orgánico de la Función Judicial, debería emitir una resolución, con carácter general y obligatorio, incorporando tablas en los que se delimite y constituya como referente en las indemnizaciones descritas en el artículo antes citado. Incluso ello incidirá o se constituirá en referente en otro tipo de reclamos, al establecer límites.

Es oportuno señalar como referencia que en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina la reparación integral y económica en sus Art. 18 y 19 respectivamente.

3. Que en el proyecto de Código de la Salud, que se está analizando, sin la participación de organizaciones asociativas, debería considerar la casuística, tablas, baremo, etc., para cálculos de posibles responsabilidades de los gestores de la salud, en el ámbito administrativo o civil, como existen en otras legislaciones.