



El homicidio culposo por mala práctica médica en el Ecuador

Culpable homicida de to medical malpractice in Ecuador

Marco Patricio Paguay Ocampo

E-mail: mpaguay@ueb.edu.ec

ORCID: <https://orcid/0000-0002-0467-9036>

Universidad Estatal de Bolívar. Guaranda, Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición).

Paguay-Ocampo, M. P. (2022). El homicidio culposo por mala práctica médica en el Ecuador. *Revista Sociedad & Tecnología*, 5(S1), 114-127. DOI: <https://doi.org/10.51247/st.v5iS1.237>.

RESUMEN

El homicidio culposo por mala práctica médica en el Ecuador es un tema estrechamente relacionado con el derecho a la vida y en consecuencia con el reconocimiento de los derechos humanos. Reflexionar sobre el mismo, es un ejercicio necesario que motiva el objetivo del presente artículo, analizar el tratamiento de este tipo jurídico en el marco legal ecuatoriano. Para ello se realizó una investigación descriptiva, fundamentada en los métodos exegético, análisis de contenido, analítico-sintético e histórico-lógico. Entre los principales hallazgos se significa que: el delito de homicidio culposo por mala práctica médica en el Ecuador no posee una normativa acorde a las necesidades que se encuentran involucradas en este tipo de delito y son estos vacíos lo que afectan gravemente la toma de decisión justa para los implicados. Es urgente el perfeccionamiento del marco normativo-jurídico para superar los vacíos

de la norma penal sobre la mala praxis médica

Palabras claves:

Derecho a la vida, derechos humanos, homicidio culposo, mala práctica médica

ABSTRACT

Culpable homicide due to medical malpractice in Ecuador is an issue closely related to the right to life and, consequently, to the recognition of human rights. Reflecting on it is a necessary exercise that motivates the objective of this article, to analyze the treatment of this legal type in the Ecuadorian legal framework. For this, a descriptive investigation was carried out, based on exegetical methods, content analysis, analytical-synthetic and historical-logical. Among the main findings is that: the crime of manslaughter due to medical malpractice in Ecuador does not have regulations according to the needs that are

involved in this type of crime and it is these gaps that seriously affect fair decision making. for those involved. It is urgent to improve the regulatory-legal framework to overcome the gaps in the criminal law on medical malpractice.

Keywords:

Right to life, human rights, manslaughter, medical malpractice

INTRODUCCIÓN

La mala práctica profesional tiene un impacto negativo en la sociedad, rompe con las ideas concebidas sobre un determinado profesional o institución; que hace que las personas pierdan la confiabilidad sobre los conocimientos, habilidades, actuación de la persona especializada en brindar un determinado servicio o asesoría en virtud de su profesión. Situación que se agrava cuando se trata de profesionales que tiene en sus manos la vida, bien jurídico protegido, como es el caso de la profesión médica (Betancourt & Romero, 2021).

La mala práctica médica ha estado presente a lo largo del tiempo, siendo este un grave problema para la sociedad; no obstante, es preocupante la gran cantidad de casos que se dan por la mala práctica profesional, siendo aun mayor la preocupación cuando en el ejercicio de la profesión médica esta mala praxis termina en muerte, conformándose así el homicidio culposo por mala práctica médica.

Por otro lado, la mala praxis médica no se encuentra tipificada como delito en la normativa jurídica ecuatoriana, sino que se encasilla y da tratamiento como delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tal como se observa en el artículo 146 del COIP, cuando se alude a los profesionales que no cumplen con el deber de cuidado y ocasionan la muerte a una persona (Asamblea Nacional, 2017); en este caso la figura de los profesionales de la salud se encuentra incluida con el resto de las personas; cuestión que bien merece una análisis reflexivo.

Solo en el artículo 150 dedicado al aborto no punibles se hace referencia explícita a la figura del médico u otro profesional de la salud capacitado para esta práctica; no así en los artículos del 147 al 149, también relativos al aborto (aborto con muerte, aborto no consentido y aborto consentido respectivamente), donde no se alude de manera explícita a la participación de un profesional de salud, esté queda incluido dentro de la generalidad de las personas; sin embargo, en estos casos la responsabilidad de estos adquiere matices especiales por su propia condición de profesionales de la salud, quienes deben cumplir con aspectos bioéticos y el juramento hipocrático. Igual situación ocurre con el resto de los artículos relacionados con la responsabilidad de la mala práctica profesional (Cuevas Gallegos, 2018; San Martín Neira, 2019; Mar Cornelio et al., 2019).

En el entramado del marco normativo jurídico ecuatoriano no se contempla de manera especial el caso de los médicos, enfermeros, técnicos y otros profesionales de la salud, quienes pueden incurrir en mala práctica profesional por diversas causas: negligencia, impericia, violación de las normas e imprudencia por omisión de cuidados o diligencia exigible; incluso por dolo; no se debe olvidar que el profesional de la salud es un ser humano con virtudes y defectos (García Solís, 2018). Realidad que motivó el presente trabajo con el objetivo de analizar el homicidio culposo por mala práctica médica en la legislación jurídica del Ecuador.

En tal virtud, en este trabajo será posible determinar si el Estado ecuatoriano regula de manera eficaz el delito de homicidio culposo por mala práctica médica; de esta forma se podrá concluir si el homicidio culposo por mala práctica médica responde a la realidad sociológica, si es proporcional al tipo de Estado de derechos y justicia en el que vivimos, que tiene como modelo político el "Sumak Kawsay" y que busca el máximo beneficio para la sociedad (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

METODOLOGÍA

Este trabajo responde a una investigación descriptiva de tipo revisión documental, sustentada en los métodos: exegético, análisis de contenido, analítico-sintético e histórico-lógico. A través del método exegético se estudiaron, interpretaron y cotejaron las disposiciones legales referidas a la mala práctica profesional en la Constitución de la República, el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (COIP), La Ley Orgánica de la Salud (LOS) y el Código de Ética Médica (CEM).

El análisis de contenido y analítico-sintético posibilitaron el estudio de los materiales bibliográfico (libros, artículos científicos, tesis de grado, etc.) relativos al tema (Burgo et al., 2019); los que fueron resumidos y utilizados como referentes teóricos para la fundamentación del trabajo. Los materiales bibliográficos fueron localizados y recuperados de bases de datos y repositorios de diferentes universidades a través del empleo del buscador electrónico Google Académico y seleccionados atendiendo a su actualidad y valor científico (Espinoza, 2020).

DESARROLLO

Como primer aspecto a tratar en el desarrollo de este artículo está un breve estudio de los antecedentes históricos de la mala práctica médica.

Antecedentes históricos de la mala práctica médica

Existen referencias de la mala praxis médica desde tiempos remotos. En los pueblos del mundo antiguo (Mesopotamia, Egipto, etc.) existía la idea de que los dioses recompensaban todo lo bueno que el humano hacía y castigaba lo malo; de esta forma se consideraba que las enfermedades eran producidas por castigo divino; éstas surgían de la violación del bien, de una ley religiosa o de un tabú (Granizo Chávez, 2015; Jaramillo Nieto, 2015).

Partiendo de esta idea, lo más conveniente para realizar actos médicos era involucrar

a alguien como mediador entre lo terrenal y lo divino, siendo las figuras más conocidas en realizar estos actos los sacerdotes, shamanes, brujos o hechiceros. Aquí no se establece o no estaba presente la idea de que si una persona incurre en una mala práctica médica surge una sanción, puesto que estos sujetos eran vistos como seres importantes, que tenían como única función realizar el bien a la sociedad; así entonces, si los sacerdotes no lograban recuperar la salud de los enfermos, no se le podía juzgar y establecer ninguna sanción, ni ningún tipo de acción sobre ellos.

Al pasar el tiempo surge la sanción para el acto de la mala práctica médica; se dice que la sanción por esta causa comenzó a aplicarse hace aproximadamente tres siglos. En 1760 A.C. se promulgó el Código de Hammurabi, donde se establecían responsabilidades de los médicos en el ejercicio de la profesión, en especial en crímenes sexuales y homicidios (Dyneyley Prince, 1904).

Ya en nuestros días la mala práctica profesional es tenida en cuenta en las normativas constitucionales y legislaciones de algunos países, como en el caso de Ecuador, que consagra en la Constitución de la República la responsabilidad por la mala práctica de los profesionales, al disponer 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" (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 54).

Hay que recalcar que esta norma constitucional hace referencia a todas las profesiones, por lo que, de manera tácita se incluyen los profesionales de la salud, que serán responsables del daño que causen a los pacientes por la mala práctica médica que ponga en riesgo la integridad a la vida de las personas. Pero, ¿qué se entiende por mala práctica médica?

Aproximación a la noción de mala práctica médica

Por la importancia e impacto de la mala práctica médica se han realizado diversos estudios, entre ellos los llevados a cabo por Romeo Casabona (2012), Jaramillo Nieto (2015) y Alfonso González et al. (2021), quienes aportan los siguientes elementos epistémicos que se exponen a continuación.

En la revisión de la investigación llevada a cabo por Jaramillo (2015) se define la mala práctica médica o mala praxis como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional que causa un daño a la salud o al buen estado del paciente, rompiendo la confianza que éste pone en ese profesional.

De este enunciado se desprende que la responsabilidad de la mala praxis médica no es solo de los médicos, también alude a los enfermeros y enfermeras, técnicos, auxiliares y demás profesionales de la salud.

La mala praxis médica se produce cuando un médico o un profesional de la salud, hospital u otra institución de cuidados de salud, no cumple sus funciones y no atiende a los pacientes según los estándares de la profesión médica, trayendo como resultado enfermedad, daño o empeoramiento de la condición de la enfermedad que padece (Legal Referral Service, 2021). En este caso al hablar de la mala praxis médica también se alude a las instituciones de salud.

De igual forma, Alfonso González et al. (2021) estiman que, la mala praxis médica se presenta cuando ocurre la violación de la beneficencia, que es uno de los principios de la bioética médica, acarreando consecuencias negativas a la salud de los pacientes, que puede llegar incluso a provocarles la muerte.

Tipos de mala praxis médica

En relación con este asunto en la LOS se establece que:

Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de: a)

Inobservancia, en el cumplimiento de las normas; b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y, d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional (Asamblea Nacional, 2006, art. 202).

Negligencia

La negligencia es considerada como un elemento fundamental para que ocurra la mala praxis; según Cabanellas de Torres (1997):

La negligencia es la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y en el manejo o custodia de las cosas, dejadez, abandono, desidia, falta de aplicación y atención. Olvido de órdenes o precauciones (p. 3).

Por su parte, Vera Carrasco (2013), aborda la negligencia como el incumplimiento de los principios de la profesión; es lo que se debe hacer y no se hace o sabiendo que no se debe hacer y aún se hace.

Tomando en consideración lo expresado por los autores antes mencionados se puede establecer que existen elementos comunes en ambos enunciados; estos son la diligencia y el cuidado, factores que no se cumplen y dan paso a lo que se denomina negligencia; la persona que actúa bajo ésta en una situación específica no tiene el comportamiento esperado, lo que se debía hacer no se hizo, se incumplió con las normas establecidas en los protocolos, fue apático y descuidado con el cumplimiento de sus funciones y no cumplió con su deber, provocando un perjuicio a otra persona.

Impericia

La impericia es otro elemento que al producirse da paso a la denominada mala

práctica profesional. Según establece Cabanellas de Torres (1997), la impericia es la falta de conocimientos o de la práctica que cabe exigir a uno en su profesión, arte u oficio, torpeza o inexperiencia. En relación a la definición anterior Vera Carrasco (2013), establece que constituye la falta total o parcial de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad. Es la ineptitud para el desempeño profesional.

Ambos autores establecen terminologías similares al definir a la impericia; hacen hincapié en la falta de conocimiento de la persona en relación con el cargo o la situación que se encuentre. Esto en el caso del profesional de la salud se convierte en un gran problema, teniendo en cuenta que este profesional debe proteger la vida del paciente. Un ejemplo que ilustra la impericia es el caso de médico cirujano que practica una cirugía compleja ajena a su especialidad, sin contar con las habilidades y los conocimientos necesarios.

Imprudencia

La imprudencia es otro de los elementos, que conforman la mala práctica médica. Es definida por Cabanellas de Torres, (1997), como la falta de prudencia, precaución, omisión de diligencia debida, defecto de advertencia o previsión en alguna cosa; punible e inexcusable negligencia por olvido de las precauciones que la prudencia común aconseja, lo cual conduce a ejecutar acciones que, a mediar malicia en el acto, serían consideradas delitos.

En razón a lo expresado se puede establecer que la imprudencia, es la falta de precaución o cuidado que se debe tener para cumplir de manera óptima con el deber. En el caso de la profesión médica la falta de prudencia puede llegar a niveles muy graves. Por ejemplo, en la práctica de una cirugía, como bien se sabe, el anestesiólogo es una herramienta fundamental, debe estar constantemente en la atención al paciente; pero, ¿qué sucede si este una vez suministrada la anestesia se va a atender otros quirófanos, poniendo en riesgo la vida del paciente?

Ahora bien, se ha establecido que la negligencia dentro del marco de la *lex artis*

constituye lo que es conocido como la falta al deber objetivo de cuidado. Este se encuentra, según Ariz (2021), constituido por dos elementos; por una parte, el de carácter objetivo basándose en los hechos y la lógica, puesto que se desempaña por medio del análisis en la conducta humana, de forma que relacionado aquellos hechos que se han dado, para determinar la conducta imprudente de la que ha sido parte. Según este mismo autor:

La violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en el cual se desempeñó el actor. En ese sentido, habrá infracción en tanto se constate, con independencia de las capacidades individuales del médico actuante, que no se aplicó el estándar sanitario exigible en ese caso y que es el aplicado generalmente por los médicos sanitarios (Ariz, 2021, p. 320).

Mientras que el segundo elemento es de carácter normativo a diferencia del carácter objetivo, que se centra en la relación de la lógica con los hechos, plasmándose así un análisis regulador que no utiliza la lógica, simplemente hace y se basa en lo que la normativa establece; aquí no entra el análisis para llegar a una conclusión, puesto que para determinar la conducta imprudente basta con relacionarla con el actuar de la persona, si se ajusta o no a lo que la normativa establece; así lo expresa Ariz (2021):

En lo que respecta al segundo elemento (normativo), la determinación de que una conducta es imprudente depende de parámetros que la ley sólo enuncia. El legislador, por imposibilidad real de describir la inmensidad de conductas que pueden poner en peligro o dañar bienes jurídicos, con motivo principalmente de la industrialización y avances tecnológicos-científicos, se limita a fijar una imagen rectora que oriente

al juez de modo semejante a lo que sucede en los delitos de comisión por omisión. Estamos frente a un "tipo penal abierto" que debe ser llenado por el conjunto de reglas técnicas o procedimentales suministradas por las ciencias biomédicas y aplicadas por los miembros de esa comunidad científica a situaciones ya conocidas y contrastadas; a ese conjunto de reglas se le denomina *lex artis* (p. 320).

Mediante lo antes expuesto se puede conocer que el deber objetivo de cuidado está compuesto por dos tipos y como este se constituye cuando la negligencia tiene lugar en la *lex artis*; como bien se tiene entendido la *lex artis* es aquella ley que deberá ser aplicada a los médicos en su práctica profesional, por lo cual al no darse su cumplimiento se estaría hablando de la mala praxis; sin embargo, la sola infracción a la *lex artis* no es por sí misma constitutiva de delito, sino que, además, es necesario verificar que esa infracción fue la que produjo el resultado lesivo para el bien jurídico protegido, refiriéndonos a la vida; Ariz (2021) lo establece de la siguiente manera:

Para que la imprudencia médica sea penalmente relevante es necesario que en el tratamiento dispensado al paciente se incurra en conductas descuidadas de las que resulta un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para según el curso del estado del paciente actuar, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado, no tanto por el error (si lo hubiere), sino por la dejación, el abandono, la negligencia o el descuido de la atención que aquél requiere (p. 324).

Violación de las normas y actuación dolosa.

Para poder comprender la magnitud de las consecuencias que acarrearán las violaciones de las normas médicas establecida en el marco legislativo ecuatoriano es indispensable reconocer el rol del médico. La figura del médico es fundamental en la vida de las personas, en la medida que ayuda a devolver la salud del enfermo; ser médico implica saber, para sobre la base de ese conocimiento brindar las medidas adecuadas, orientadas a recuperar la salud del enfermo; también, se encarga de su conservación, rehabilitación y reintegro a la sociedad.

En virtud de lo antes expuesto, Rodríguez Sendín (2010), define al médico como aquella persona encargada del desempeño de tareas encaminadas a promover y restablecer la salud y a identificar, diagnosticar y curar enfermedades aplicando un cuerpo de conocimientos especializado propio de nivel superior, en la que preside el espíritu de servicio. El médico tiene obligaciones en el ejercicio de su noble y delicada misión.

Siguiendo esta idea, Córdoba Palacio (2015), considera que una de las obligaciones del médico es:

Buscar siempre y por todos los medios a su disposición el bien de su paciente, el mayor bien posible dentro de las limitaciones que plantea la condición clínico-patológica de este y las propias, aunque cambiantes, de la medicina como actividad humana y las del médico mismo como persona (p. 142).

Por otro lado, en el CEM se establece que, "el médico está obligado a dar su más amplia y decidida colaboración voluntariamente y/o a solicitud de la autoridad competente en casos de epidemias, desastres, emergencias o conflagración" (Ministerio de Salud Pública, 1992, art. 3). De aquí se puede comprender que la responsabilidad del médico está encaminada al servicio de la sociedad, este en su noble profesión hará frente a enfermedades o situaciones que se presenten de forma inesperada, sin

importar el riesgo que corra, así se demostró durante el peor momento de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19.

De igual forma, dicho código marca otra obligación al establecer que 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 (Ministerio de Salud Pública, 1992, art. 6); idea que es compartida por Córdoba Palacio (2015), quien enfatiza en que, la responsabilidad mayor del médico será la conservación de la vida del enfermo, esta es su obligación principal, su deber hacia el enfermo, con este propósito tomará todas las medidas necesarias, en aras de lograr su reintegro a la sociedad.

En tal sentido vale la pena señalar, además, la obligación que atribuye el CEM al médico cuando estipula que:

el médico tiene la obligación incólume de respetar los principios consagrados en la declaración de los Derechos Humanos. Su ejercicio profesional se regirá a estos principios los cuales no podrían ser violados en ningún caso sea este civil, penal, político o de emergencia nacional (Ministerio de Salud Pública, 1992, art. 25).

Para comprender plenamente el artículo 25 del CEM se debe partir de que el más grande deber de un médico es proteger la vida del enfermo como el principal bien jurídico y, por lo tanto, cuando se violenta este se están vulnerando los derechos humanos; aquí radica la gran importancia de que el médico respete este principio.

Hasta aquí se ha hablado de las obligaciones y responsabilidad del médico; pero, no se puede dejar de lado que "siendo el Estado el que regula y protege la actividad profesional del médico éste está obligado a cumplir ciertos deberes retributivos que garanticen los mejores y más amplios programas de bienestar humano" (Ministerio de Salud Pública, 1992, art. 53).

Sobre este asunto la LOS establece que:

(...) la salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables (Asamblea Nacional, 2006, art. 3).

Esto demuestra que la responsabilidad del médico es también con el Estado, en la medida que este hace que la profesión de médico sea posible, este profesional deberá restituirle, en el sentido de que deberá respetar las disposiciones del Estado, en la medida del cumplimiento de las leyes.

En la Constitución de la República del Ecuador se estipula que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Así como también el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art 11 numeral 9).

Luego, cuando se actúa con dolo y se violan las normativas constitucionales establecidas para la actividad médica, estamos en presencia de la más grave mala praxis médica.

El paciente en la relación salud-enfermedad

En otro orden de ideas, es necesario referirse a la relación salud-enfermad. En esta relación no interviene solo el médico, también hay que tener presente al

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

La relación médico paciente es un vínculo al menos entre dos personas, dos historias de vida, dos mundos. Marcadas por un solo objetivo, el cual es la salud, tanto el paciente como el médico acuden tienen una finalidad en común. Según Estrada y Zepeda (2017):

Quando un paciente entra en contacto con un médico y se establece una relación terapéutica, se desarrolla un sistema que tiene por objeto la interacción en el que tanto uno como otro, se han de encontrar comprometidos con una causa que promueve a ambos en la consecución de un fin. En la relación médico paciente se tiene como fin inmediato restaurar la salud del enfermo. Conlleva responsabilidad compartida, el médico tiene responsabilidad con el paciente y consigo mismo, el paciente tiene responsabilidades con el médico y consigo mismo (p. 834).

Criterio compartido por Mendoza (2017), quien enfatiza que, "el fin propio de la relación médico-paciente, es la salud del paciente" (p. 557). Ese es el fundamento de esta relación, puesto que, si las personas gozaran siempre de buena salud, no acudirían a esta persona profesional que posee el conocimiento suficiente y oportuno para que trate sus malestares

En términos de gestión sanitaria, el paciente es un cliente, a quien el médico debe brindarle todo su esfuerzo y dedicación para sanarlo. Por otro lado, la individualidad del paciente se subordina totalmente a las "imposiciones" del médico; es el médico el encargado de orientar y propiciar al paciente los medicamentos y procedimiento a seguir para recuperar la salud (Játiva, 2011).

Luego, el paciente es un sujeto vulnerable que busca ayuda para preservar su salud o si ha existido alguna problemática en torno a ella tratar de eliminarla, depositando su confianza ciegamente en aquella persona

dotada de conocimiento en el área de la salud, como lo es el médico, se podría decir que se ubica al paciente abajo de la protección de este, con el fin de eliminar sus malestares, tal es la importancia del médico que muchas personas le dan total poder; sin embargo según Arrubarrena Aragón (2011):

El paciente ha adquirido una mayor conciencia de sus derechos y es cada vez más frecuente que defienda su capacidad de autodeterminación contando con el apoyo de la familia. La moderna bioética consagra el principio de autonomía para los pacientes competentes, de tal manera que se acepta que pueden incluso negarse a seguir las prescripciones del médico si no les parecen apropiadas y apoya el derecho del paciente a participar activamente en las decisiones que le conciernen (p. 125).

Es por ello que, se debe hacer alusión a que los derechos del paciente giran en torno al derecho de libertad pues de acuerdo a la Asociación Médica Mundial, los pacientes tienen derechos, como el de escoger libremente al médico, a tomar decisiones sobre su propio organismo, a informarse sobre su enfermedad, a una muerte digna (Játiva, 2011).

De igual forma. El paciente, al ser un actor en el contrato de servicios médicos, tiene una serie de obligaciones, como, por ejemplo: colaborar con el cumplimiento de las normas institucionales, tratar con respeto a los profesionales de la salud y demás personas y a firmar un documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos que han sido propuestos (Játiva, 2011). Luego, cuando se trata de una presunción de mala práctica médica es importante determinar cuál ha sido la conducta seguida por el paciente durante el tratamiento.

Hasta ahora se ha marcado dos elementos en la estructura de la relación médico-paciente; sin embargo, debemos hacer mención de un tercer elemento, aquel en el

que adquieren una realidad concreta, los actos objetivos y empáticos (Mendoza, 2017). Este elemento surge en la medida en que el médico actúa en virtud del amor al prójimo; que cuando no existe se constituye en una problemática que podrían afectar tanto al paciente como al propio médico.

Otro elemento a tener en cuenta en esta relación es la comunicación, que es “el conjunto de los recursos técnicos, entre los cuales figura principalmente, aunque no exclusivamente, la palabra, a los que el médico apela en el diálogo transubjetivo en virtud del cual se actualizan las operaciones objetivantes y empáticas” (Mendoza, 2017).

En razón a lo expuesto, se considera oportuno hacer alusión a un factor como es la confianza. En “la relación médico-paciente, el acto médico, debe ser el encuentro de dos confianzas: la del médico que ve que su paciente quiere curarse y la del paciente que sabe que el médico es la persona más idónea para ayudarlo” (Arango Restrepo, 2012).

Luego, cuando se habla de violación de las normas médicas establecidas, del respeto de los derechos humanos de los pacientes y en el peor de los casos de la actuación dolosa del médico, hay que pensar en las violaciones a todos estos elementos presentes en la relación médico-paciente, de aquí la connotación especial que tiene para el marco jurídico la tipificación de la mala práctica médica. Por otro lado, es importante tener en cuenta y delimitar tanto la responsabilidad del médico como del paciente cuando este ante una posible mala praxis médica.

Regulación en la legislación ecuatoriana sobre el delito tipificado como homicidio culposo por mala práctica médica

Ante la ocurrencia de la mala praxis médica no bastaba simplemente con que se reconociera en la Constitución, es necesario además que sea tipificada como delito en el marco jurídico. La mala praxis profesional es tipificada en el COIP como delito bajo la figura jurídica de homicidio

culposo por mala práctica profesional de la siguiente manera:

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 (Asamblea Nacional, 2014, art. 146).

De esta forma se asume tácitamente la mala práctica de los profesionales de la salud como homicidio culposo.

En complemento a este artículo se debe hacer alusión a la resolución No. 01-2014 de la Corte Nacional, en la que se determina que el COIP en su artículo 146, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional. Donde el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del COIP, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final. Además, 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 (Pleno de la Corte Nacional, 2014).

Por otro lado, como ya mencionamos anteriormente la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 54 alude a la responsabilidad de las personas por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, enfatizando en aquellos casos en que se ponga en riesgo la integridad o la vida de los demás.

Por su parte el Código civil ecuatoriano al referirse a la culpa en su artículo 29 la tipifica de tres especies: 1) culpa grave, negligencia grave, culpa lata (esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo); 2) culpa leve, descuido leve, descuido ligero (la falta de aquella diligencia y cuidado); 3) culpa o descuido levísimo; pero siempre aludiendo a diligencias o cuidados de administración de negocios (Congreso Nacional, 2005). Cabe entonces recalcar la necesidad de explicitar en la legislación ecuatoriana la figura de la mala práctica, así como todos los elementos relacionados con la misma.

Según la Fiscalía General del Estado (2015), desde que el COIP entró en vigencia, el 10 de agosto del año 2014, solo un año después, se registraron 138 casos de mala práctica profesional, lo cual hace reflexionar sobre la necesidad de una normativa sobre esta materia y donde se tengan en consideración los diferentes tipos de mala práctica médica: negligencia, impericia, imprudencia, violación de las normas, actuación dolosa, como aspecto indispensable.

El sistema jurídico en nuestro país tuvo un renacer luego de la creación y aprobación de la Constitución del año 2008, instituyendo nuevas garantías para la ciudadanía y la aplicación de un modelo político garantista, influenciado en el pluralismo jurídico, conformando las bases de un nuevo Estado constitucional de derechos, implementando en lo jurídico un cambio que fortalece las garantías que protegen los derechos de cada ciudadano.

Siendo esta su esencia y más grande distintivo.

Entre los derechos que se buscan garantizar está el derecho a la salud a través de políticas públicas, en la medida que se logre una mejor legislación más humana (Dutan & Quinche, 2021), fundamentada en la realidad que se vive en el ámbito de la salud; una legislación justa que apoye y no condene injustamente a los profesionales que ejercen esta carrera tan maravillosa e importante para la sociedad. El incorrecto juzgamiento de la mala práctica médica provoca temor de los profesionales de la salud

Cuando la normativa penal hace alusión a la mala práctica profesional, no solo castiga a la profesión médica, si no que engloba a las demás profesiones que existen, pero de igual forma no se está tenido en cuenta la primera función de la medicina, la protección de la vida, en este caso del enfermo o paciente, pero "este ejercicio se ve sujetado por su naturaleza a una sola ley denominada universalmente *Lex Artis*" (Reyes Vaca, 2016, p.5), este punto es lo que marca la diferencia con otras profesiones.

Volviendo nuevamente sobre el artículo 146 del COIP, se evidencia la falta de tipicidad del ejercicio de la profesión médica, en este artículo no solo se plasma la falta de coherencia con la "*Lex Artis*"; además, no está vinculada con la bioética. Reyes Vaca (2016) considera que se contrapone con la bioética, que es el conjunto de valores y principios morales con que el médico ejerce su profesión, es el sustento moral de las acciones médicas. Es un área del saber en la que confluyen la Medicina, el Derecho y la Filosofía aportando sus respectivos métodos (Patito, 2001).

En el ejercicio de la Medicina, los servidores de la salud actúan de forma imparcial sobre la base de principios morales universales como el principio de beneficencia y no maleficencia, propia de la profesión médica y que consiste en la actuación del profesional siempre en beneficio del

paciente, tratando de causarle el menor daño posible.

A parte de estos principios también vale la pena hacer alusión del principio de justicia, que suelen en un momento recaer en oposición o desacuerdo con las normas jurídicas escritas, suponiéndose de esta manera que en el caso de incumplimiento de las primeras se deberían aplicar las segundas, sin tomar en cuenta que en la constitución del deber objetivo de cuidado, se produjo a través de la culpa, por lo cual no se consumó la intención de causa daño, si no que fue algo que a partir de un descuido dio un resultado no esperado, por lo cual se dice que aquí no se plasma una pena merecida.

De igual forma se marca una problemática en la medida, en que no existe una definición específica acerca de lo que es el deber objetivo de cuidado, teniendo en cuenta que es el punto principal del origen del delito de homicidio culposo por mala práctica médica, además, con lo ya dicho anteriormente sobre los vacíos sobre la biótica y sus principios.

De esta manera se crea en el artículo 146 un vacío que afecta a todas las partes involucradas es este delito, comenzando por los jueces que no tendrán una norma clara y eficaz para sancionar, así como para los fiscales y abogados, ocasionando una clara vulneración y perjuicio sobre los acusados que no contarán con una norma oportuna. Según Reyes Vaca (2016):

Esto refleja la falta de imputabilidad objetiva que tiene el artículo en mención, además de la subjetividad que tiene para determinar la infracción al deber objetivo de cuidado en relación con los profesionales de la medicina consistente a lo que se refiere a "acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas" (COIP, art. 146, incs.3); que dentro de un panorama científico médico es totalmente relativo y dependiente de la salud y de la necesidad del paciente (p. 20).

De lo analizado se desprende la necesidad de perfeccionar superar los vacíos de la

norma penal para lograr su eficacia y poder establecer de la manera más justa la presunta culpabilidad de los profesionales de la salud diferenciando la imputabilidad y la causalidad.

El cambio de estado en el Ecuador a estado de derechos y justicia no se centra solamente a la creación de derechos, si no que va más allá y se centra en el respeto de la observancia, respeto y aplicación de los principios presentes en la Constitución del 2008. El Estado debe ser garantista de justicia, preservando su integridad, precisión y claridad.

CONCLUSIONES

El análisis de las normas del marco jurídico relativas a la mala práctica médica, así como de las aportaciones de otras investigaciones permiten concluir que:

- El delito de homicidio culposo por mala práctica médica en el Ecuador, no posee una normativa acorde a las necesidades que se encuentran involucradas en este tipo de delito y son estos vacíos los que afectan gravemente la toma de decisión justa para los implicados.
- Las inconsistencias en el marco normativo-jurídico sobre la figura de la mala práctica médica acarrearán el incumplimiento de la esencia del Estado constitucional de derecho y justicia social, promulgado en la Carta Magna del 2008, afectando grandemente al plan nacional de desarrollo Sumak Kawsay.
- Es urgente el perfeccionamiento del marco normativo-jurídico para superar los vacíos de la norma penal y así poder impartir justicia en los presuntos casos de mala praxis médica.

LIMITACIONES Y ESTUDIOS FUTUROS

El alcance del trabajo está limitado por su carácter descriptivo centrado en la revisión documental. El autor en un próximo trabajo

se propone abordar el impacto social que causa el inadecuado juzgamiento de la mala praxis médica.

AGRADECIMIENTO

El autor reconoce y agradece el apoyo recibido por parte de los colegas de la Universidad Estatal de Bolívar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfonso González, I., Romero Fernández, A. J., Latorre Tapia, F., & Camaño Carballo, L. (2021). La mala práctica médica y sus consecuencias legales en Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(6), 526-530
- Arango Restrepo, P. (2012). La relación médico-paciente. Un ideal para el siglo XXI. *Medicas UIS*, 25(1), 63-69.
- Ariz, J. E. (2021). La mala praxis médica y la vulneración del deber objetivo de cuidado. *LEX-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 19 (28), 317-332.
- Arrubarrena Aragón, V. M. (2011). La relación médico-paciente. *Cirujano General*, 33(S2), 122-125.
- Asamblea Nacional. (2006). *Ley Orgánica de la Salud*. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/LEY-ORG%C3%81NICA-DE-SALUD4.pdf>
- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180. Quito. Ecuador. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito. Ecuador.
- https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Betancourt Pereira, E. J., & Romero Romero, C. D. (2021). Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos. *Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 482-499. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS2.165>
- Burgo Bencomo, O. B., León González, J. L., Cáceres Mesa, M. L., Pérez Maya, C. J., & Espinoza Freire, E. E. (2019). Algunas reflexiones sobre investigación e intervención educativa. *Revista Cubana de Medicina Militar*, 48.
- Congreso Nacional. (1992). *Código de Ética Médica*. <https://www.studocu.com/ec/document/universidad-tecnica-del-norte/etica/codigo-de-etica-medica/15177761>
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial 506. Quito. Ecuador. <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/CODIGO-CIVILultmodif08jul2019.pdf>
- Cabanellas de Torres, G. (1997). *Diccionario Jurídico Elemental*. <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>
- Córdoba Palacio, R. (2015). Ser médico. Misión del médico. *Persona y Bioética*, 19(1), 142-148. doi:10.5294/pebi.2015.19.1.12
- Cuevas Gallegos, F. (2018). Parir en Chile: violencia obstétrica y vulneración a los Derechos Humanos. Crítica a la ausencia de regulación en la ley chilena con perspectiva de género. *Revista Némesis*, 14, 88-111
- Dutan Yunga, J. M., & Quinche Lavanda, D. J. (2021). El derecho a la salud de las personas con enfermedades catastróficas o

- degenerativas. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 256-271. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS1.134>
- Espinoza Freire, E. E. (2020). La búsqueda de información científica en las bases de datos académicas. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 3(1), 31-35.
- Fiscalía General del Estado. (2015). *Fiscalía impulsó un diálogo sobre mala práctica profesional médica en Guayaquil*. <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-impulso-un/>
- García Solís, E. (2018). Error in medicine, a bioethics reflection. *Revista CONAMED*, 23(S1), 40-45
- Granizo Chávez, J. (2015). *Mala práctica médica como delito*. (Tesis previa a la obtención del título de abogada). Universidad Central de Ecuador.
- Jaramillo Nieto, A. M. (2015). *Análisis doctrinal del homicidio culposo por mala práctica médica en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano*. (Tesis de grado, Universidad Internacional SEK). Quito, Ecuador. <http://repositorio.uisek.edu.ec/123456789/1187>
- Dyneley Prince, J. (1904). The Code of Hammurabi. The University of Chicago Press Stable. *The American Journal of Theology (Chicago)*. 8(3), 601-609.
- Játiva, C. G. (2011). *Responsabilidad penal en casos de mala práctica médica*. (Tesis de grado). Universidad San Francisco de Quito. Ecuador. <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/918/1/99773.pdf>
- Estrada, A. M., & Zepeda, H. R. (2017). La relación médico paciente: el desarrollo para una nueva cultura médica. *Revista médica electrónica*, 39(S1), 832-842.
- Legal Referral Service (2021). *Mala práctica médica*. New York City. Bar. *Temas Legales*. <http://Mala-Práctica-Médica/Abogado-Mala-Práctica-Médica/Encuentre-un-Abogado.htm>
- Mar Cornelio, O., Calderón, L. A., & Benítez, K. G. (2019). Sistema para análisis de muestra de urocultivo a partir de la curva de crecimiento. *Texto Livre: Linguagem e Tecnologia*, 12(3), 196-208
- Mendoza, A. (2017). La relación médico paciente: consideraciones bioéticas. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 63(4), 555-564.
- Ministerio de Salud Pública. (17 de agosto de 1992). *Código de Ética Médica*. Acuerdo Ministerial 14660. Registro Oficial 5 de 17-ago.-1992. Quito. Ecuador
- Patito, Á. (2001). *Medicina Legal*. Buenos Aires: Centro Norte.
- Pleno de la Corte Nacional. (2014). *RESOLUCIÓN No. 01-2014*. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/14-01%20Articulo%20146%20COIP.pdf
- Reyes Vaca, E. A. (2016). *La Falta de Tipificación de la Mala Práctica Médica en el artículo 146 del COIP*. (Tesis de Grado, Universidad Central). Quito, Ecuador. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7725/1/T-UCE-0013-Ab-362.pdf>
- Romeo Casabona, C. (2012). *El Médico y el Derecho Penal*. 2 tomos. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Rodríguez Sendín, J. J. (2010). Definición de "Profesión médica", "Profesional médico/a" y "Profesionalismo médico". *Educación Médica*, 13(2), 63-66.
- San Martín Neira, L. (2019). Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que

presenta esta categoría de hechos dañinos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(2), 123-142.

Vera Carrasco, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica La Paz*, 19(2), 73-82.

BIOGRAFÍA DEL AUTOR

Marco Patricio Paguay Ocampo.

Abogado de los Juzgados y Tribunales del Ecuador. Maestría en Derecho Procesal, Mención Derecho Penal. Docente Ocasional Medio Tiempo Universidad Estatal De Bolívar Abogado Litigante Área Penal Fundación "Foca".