



UNIVERSIDAD TECNICA DE BABAHOYO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN.**

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE
LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

TEMA.

**REFORMA AL CAPITULO II DE LAS LESIONES, EN EL ART. 472
DEL CODIGO PENAL ECUATORIANO TIPIFICANDO LA
NEGLIGENCIA MEDICA QUE PROVOQUE LESIONES O
INCAPACIDAD, COMO CONTRAVENCION GRAVE QUE SERA
SANCIONADO CON PRISION DE UNO A TRES AÑOS**

AUTOR:

ANGEL SILVA COLOMA

TUTOR:

Msc. JORGE MARCILLO

LECTOR:

Dr. VICENTE ICAZA C

BABAHOYO - LOS RIOS - ECUADOR



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA EDUCACIÓN.

Babahoyo, de 2012

**EL TRIBUNAL EXAMINADOR OTORGA AL PRESENTE
TRABAJO**

TEMA:

**REFORMA AL CAPITULO II DE LAS LESIONES, EN EL ART. 472
DEL CODIGO PENAL ECUATORIANO TIPIFICANDO LA
NEGLIGENCE MEDICA QUE PROVOQUE LESIONES O
INCAPACIDAD, COMO CONTRAVENCION GRAVE QUE SERA
SANCIONADO CON PRISION DE UNO A TRES AÑOS**

LA CALIFICACIÓN DE: _____

EQUIVALENTE A: _____

DECANO

DELEGADO

SUBDECANO

DELEGADO

CONSEJO DIRECTIVO

DELEGADO

SECRETARIO(A)



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN.

SEMINARIO DE FIN DE CARRERA
APROBACIÓN DEL INFORME DE INVESTIGACIÓN

Los miembros del Tribunal Examinador aprueban el informe de investigación, sobre el tema:

REFORMA AL CAPITULO II DE LAS LESIONES, EN EL ART. 472 DEL CODIGO PENAL ECUATORIANO TIIFICANDO LA NEGLIGENCIA MEDICA QUE PROVOQUE LESIONES O INCAPACIDAD, COMO CONTRAVENCION GRAVE QUE SERA SANCIONADO CON PRISION DE UNO A TRES AÑOS

DEL SR. ANGEL EMPERADOR SILVA COLOMA

Para constancia firman:

DECANO
DELEGADO

SUBDECANO
DELEGADO

CONSEJO DIRECTIVO
DELEGADO

SECRETARIO(A)



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE
LA EDUCACIÓN

Babahoyo..... de 2012

APROBACIÓN POR EL TUTOR

Msc. Jorge Marcillo, en calidad de Tutor de Tesis, designado por disposición de la Universidad Técnica de Babahoyo, certifica que él Sr. Ángel Emperador Silva Coloma, ha culminado con su trabajo investigativo previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador con el tema: **REFORMA AL CAPITULO II DE LAS LESIONES, EN EL ART. 472 DEL CODIGO PENAL ECUATORIANO TIPIFICANDO LA NEGLIGENCIA MEDICA QUE PROVOQUE LESIONES O INCAPACIDAD, COMO CONTRAVENCION GRAVE QUE SERA SANCIONADO CON PRISION DE UNO A TRES AÑOS**

Quien ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado a hacer el uso de la presente, y así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

Msc. Jorge Marcillo
TUTOR DE TESIS.



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE
LA EDUCACIÓN

Babahoyo..... de 2012

APROBACIÓN POR EL LECTOR

Dr. Vicente Icaza Cabrera, en calidad de Lector de Tesis, designado por disposición de la Universidad Técnica de Babahoyo, certifica que el Sr. Ángel Emperador Silva Coloma, ha culminado con su trabajo investigativo previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador con el tema: **REFORMA AL CAPITULO II DE LAS LESIONES, EN EL ART. 472 DEL CODIGO PENAL ECUATORIANO TIPIFICANDO LA NEGLIGENCIA MEDICA QUE PROVOQUE LESIONES O INCAPACIDAD, COMO CONTRAVENCION GRAVE QUE SERA SANCIONADO CON PRISION DE UNO A TRES AÑOS.**

Quien ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado a hacer el uso de la presente, y así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

Dr. Vicente Icaza Cabrera
LECTOR DE TESIS.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES. JURÍDICAS Y DE LA EDUCACIÓN

CERTIFICADO DE AUTORÍA DE TESIS

Yo, Ángel Emperador Silva Coloma, portador de la Cédula de Ciudadanía N° 0201008307, estudiante del Seminario de Tesis, previó a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, declaro, que soy el autor del presente trabajo de investigación, el mismo que es original auténtico y personal.

Todos los efectos académicos y legales que se desprenden del presente trabajo es responsabilidad exclusiva de la autor.

Ángel Emperador Silva Coloma
C.C. N° 0201008307

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo se lo Dedico Dios mediante a todos las personas que forman parte de mi vida.

A mis queridos padres. Mi madre que desde el primer día ha sido la fuente inagotable de amor y dedicación. Mi Padre que ya no está conmigo físicamente, pero que desde ese lugar especial en el que Dios lo tiene, me cuida, guía y orienta, y seguro que en este momento debe sentirse muy orgulloso, "Eres mi árbol grande" siempre me decía, palabras que siempre las recuerdo.

A mis queridas hijas, Jossencka, Nahomy, y Enghel.

A mi hijo precioso Angelito, que con sus travesuras llena de alegría mi corazón. Ellos constituyen mi orgullo he inspiración, son parte fundamental de mi vida y motivo de superación.

A mi esposa por acompañarme, apoyarme y soportarme en todo momento.

A mi hermana, hermano, sobrinas, sobrinos, tías. y demás familiares, amigas, amigos, y a esas personas especiales, que de una u otra forma manifestaron sus palabras de aliento y fueron el impulso para seguir adelante, sortear cada uno de los escollos, sin que haya obstáculos que puedan detener el camino para alcanzar la meta, superando cada uno de los retos que se presentaron.

GRACIAS POR SER MI MOTIVACION.

AGRADECIMIENTOS

Mi sincero agradecimiento a Dios por darme toda la fortaleza espiritual y ser la guía que me orienta a seguir el sendero correcto en la vida

A la Universidad Técnica de Babahoyo.

Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Educación.

A través de sus autoridades, que de una forma acertada la dirigen

A todos los maestros, quienes han impartido de una forma desinteresada sus conocimientos y experiencia, siendo el impulso en nuestra formación profesional.

A mis compañeras y compañeros de clase, que de una u otra forma se constituyeron en el apoyo y motivación, para superar cada uno de los niveles académicos. Compartimos vivencias, y experiencias que nos van a fortalecer y templar nuestro carácter para que en un futuro inmediato podamos constituirnos en profesionales responsables, enmarcados en la ética y moral.

INDICE

Caratula	I
Acta de calificación	II
Aprobacion de trabajo	III
Certificación tutor	IV
Certificación Lector	V
Autoría	VI
Dedicatoria	VII
Agradecimiento	VIII
Índice	IX
introducción	X

CAPITULO I

1.1.	Problema de investigacion	14
1.2	Tema	14
1.3	Planteamiento del problema	14
1.4	Delimitacion del problema	15
1.5	Objetivos	16
1.6	Justificacion	17

CAPITULO II

2.1	Marco teórico conceptual	19
2.2	Derecho comparado	63
2.3	Planteamiento de hipotesis	68
2.4	Operalizacion de variables	70
2.5	Definicion de términos usados	72

CAPITULO III

3.1	Metodología empleada	75
3.2	Nivel o tipo de investigacion	77
3.3	Población y muestra	77

CAPITULO IV

4.1	Analisis e interpretacion de resultados	83
-----	---	----

CAPITULO V

5.1	Conclusiones	100
5.2	recomendaciones	102

CAPITULO VI

6.1	Titulo de la propuesta	104
6.2	Descripción de la propuesta	104
6.3	Objetivos de la propuesta	105
6.4	Justificacion	105
6.5	Fundamentación	106
	Anexos	109

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como principal objetivo caracterizar dentro del capítulo de lesiones considerando como una contravención grave a la negligencia médica, en el Ecuador. Como base para el desarrollo de reformas adecuadas que permitan su prevención y contención.

Esta preocupación se genera a partir de los siguientes antecedentes:

- Las lesiones ocasionadas por negligencia médica es una contravención que no se encuentra tipificado en el Código penal ecuatoriano, por lo que se hace necesario un análisis profundo de las consecuencias que esto acarrea.
- Las lesiones producidas por negligencia médica, generan un alto índice de inseguridad jurídica e impunidad.

La justicia en el caso de la mala práctica médica, al no haber un tipo penal específico que abarque este tema, ha visto esta contravención como un acto inintencional, o en ciertos casos, se ha visto como un delito de lesiones, pero tomando en cuenta la ínfima pena que establece el artículo 472 del código penal y que tipifica las lesiones inintencional lo que claramente contradice los avances del Derecho

Penal que tienden a tipificar los actos de forma tal que no se creen falencias y vacíos en las normas.

Todo error médico debe ser sancionado ya que no se puede dejar en impunidad a las personas que han obrado en contra de los bienes jurídicos protegidos, en este caso siendo la vida, y por lo tanto, se debe determinar el grado de responsabilidad del médico que intervino al momento en que se produjo la falla médica. Es necesario actualizar las normas penales con el fin de lograr sanciones efectivas, dejando a un lado las normas que se han extinguido por el paso del tiempo, y creando nuevas que cumplan con los requisitos de estos tiempos.

La necesidad de la creación de un delito específico es necesaria, ya que se debe proteger al ser humano en todo sentido, y al no haber una norma específica, el afectado no tiene una protección judicial, además que no se le puede dar un trato similar al médico que a una persona común. Es necesario recordar que el médico ha sido preparado por muchos años para que ejerza su profesión, por tal razón, se deben ver estas actuaciones con mucha precaución y determinar por qué razón realizó una mala práctica médica.

En razón de estos y otros antecedentes se decidió analizar con mayor profundidad este ilícito y estudiar su comportamiento a la luz de distintas fuentes de información.

En una primera parte, el estudio destaca las principales características jurídicas que presenta el delito en análisis, buscando su caracterización y descripción general desde un punto de vista legal, así mismo se revisó la situación de Argentina, México, Venezuela y Chile desde la perspectiva de su tratamiento legal, para así obtener información que permita comparar el tratamiento que recibe este delito en otros países.. Posteriormente, se analizan diversas fuentes de información entre las que se cuentan las encuestas realizadas en donde se crea la necesidad de reformas al Código penal.

Se incluye también el análisis de los resultados obtenidos en las encuestas, medición de preguntas respecto al delito en cuestión.

Finalmente, y como forma de conocer cuál es la importancia que presenta el delito en análisis, se realiza la correspondiente propuesta la cual es validada con los resultados obtenidos.

El presente trabajo finaliza con algunas conclusiones y recomendaciones respecto al delito de lesiones

CAPÍTULO I

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACION

¿Cómo afecta la negligencia médica cuando ocasiona lesiones o incapacidad en las personas constituyendo contravención grave, sancionada con prisión de 1 a 3 años?

1.2. TEMA

EL CODIGO PENAL Y LAS SANCIONES POR NEGLIGENCIA MEDICA.

1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El capítulo dos del código penal determina al delito de lesiones en sus diversas circunstancias, como un tipo penal cuya característica principal es el daño físico que se puede ocasionar en las personas así como también la sanción a imponer que es mínima, el delito de lesiones consiste en el daño causado en la integridad física o en la salud de una persona.

En este delito se consideran tanto las lesiones infligidas en la salud física como las de carácter psíquico o sensorial alcanzando incluso a la capacidad laboral.

Las penas establecidas en los casos de lesiones se aplicaran de acuerdo a la a la gravedad de la lesión, y para evaluarla se tienen en cuenta tanto las secuelas como, en su caso, el tiempo que la víctima tarde en curarse de las mismas. Siendo más específicos al tratamiento del problema, se hará referencia a la incapacidad o lesiones graves.

Dentro de las varias circunstancias del delito de lesiones establecidas en el código penal no se hace referencia a la lesión que provenga de profesionales de la medicina, es decir que no se considera como lesiones el daño o incapacidad por falta de previsión medica. Por lo que resulta imperiosa la necesidad de incorporar al código penal ecuatoriano la falta de previsión medica en daño ocasionado a las personas.

1.3.1 PROBLEMA GENERAL

¿Cómo afecta la negligencia médica cuando ocasiona lesiones o incapacidad en las personas constituyendo contravención grave, sancionada con prisión de 1 a 3 años?

1.3.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS

- ¿De qué forma afecta a la sociedad que la falta de previsión medica cuando ocasione lesiones o incapacidad, no esté considerada como tipo penal?
- ¿Al no establecer la falta de previsión medica como delito de lesiones se deja el delito en la impunidad?
- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que trae consigo el no considerar la falta de previsión médica cuando ocasione lesiones o incapacidad en las personas?

1.4. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Según la delimitación del problema se lo delimita de la siguiente manera:

CATEGORÍAS: Código Penal

POBLACIÓN: Jueces, Fiscales, Abogados en el libre ejercicio, Catedráticos.

LUGAR: Babahoyo.

TEMPORALIDAD: año 2012

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

- Determinar en el código penal la falta de previsión médica que ocasione lesiones o incapacidad como delito.

5.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar los efectos que trae consigo la falta de previsión médica que ocasione lesiones o incapacidad como delito de lesiones.
- El médico debe siempre actuar con total entrega ya que al haber falta de atención pueden surgir grandes complicaciones, además, cabe recalcar que es importante que los médicos proporcionen toda la atención debida, pues en el momento en que se dan este tipo de inconvenientes, como lo es la incapacidad. O una lesión grave, Los efectos lógicamente van a traer consigo una serie de consecuencias secundarias, que se van a derivar de la falta de previsión del médico al momento de realizar su tarea.

- Determinar científica y doctrinariamente la necesidad de incorporar la falta de previsión médica que ocasione lesiones o incapacidad, como delito de lesiones.
- Determinar las causas jurídicas que hacen necesaria incorporar la falta de previsión médica que ocasione lesiones o incapacidad, como delito.
- Las causas jurídicas se encasillan básicamente , en el hecho de que no se puede dejar una acción u omisión , cometida por un médico , sin castigo , porque muy por encima de que estos delitos sean de carácter culposos , necesitan , ser castigados de manera más severa y con una tipificación clara y precisa en nuestras normas legales vigentes.

1.6. JUSTIFICACIÓN

La salud es de tal importancia, que muchas personas lo han visto como una manera de lucrar, creando grandes hospitales, o poniéndose un consultorio médico con precios sobre lo normal. Lastimosamente, en muchas ocasiones, las máquinas necesarias para poder determinar qué enfermedad tiene el paciente, son caras, y a pesar de que el Estado garantiza la vida, es el paciente que debe pagar estas sumas de dinero.

La mala práctica médica nace en la relación entre médico y paciente. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en forma defectuosa o causar daños al enfermo. La mala praxis se da cuando, el accionar de un profesional con imprudencia o negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, provoque un daño en el cuerpo o en la salud de su paciente, sea este daño parcial o total.

El Derecho y la Medicina son ciencias destinadas a cubrir necesidades del hombre, al ser dos ramas que afectan completamente a la sociedad, deben tener leyes que ligen a estas dos profesiones.

La negligencia médica podría definirse básicamente como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico y otro profesional, causándole daño a la salud o al buen estado del paciente.

El médico causa daños y perjuicios a través de sus errores, es decir, cuando el médico provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daños parcial o total, temporal o permanente, como consecuencias de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

Por todas estas razones que se considera necesaria la inclusión de la mala práctica o negligencia médica dentro de los delitos de lesiones en el Código penal.

CAPITULO II

2.1. MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Aproximadamente en el año 1760 A.C., se creó el Código de Hammurabi, en donde se encuentra plasmada como una de sus principales instituciones, aquella por la cual se establecían reglas claras sobre la responsabilidad de los médicos en el ejercicio de sus actividades.

En este sentido, las penas impuestas para los infractores como consecuencia de presuntos errores profesionales, tenían un carácter basado en la extrema severidad, tal es así, que se contemplaban severos castigos como los siguientes: "...si un médico hace una grave herida a alguno con el cuchillo operatorio y lo mata [...] a tal médico le deberán cortar las manos"¹.

Ésta entre otras, constituían sanciones radicales para una acción derivada de la mala práctica profesional, en donde el médico no solo perdía sus manos al cometer esta infracción, sino que también debía remediar el daño resultante de la actividad profesional.

En la antigüedad, quien en el ejercicio de su profesión no cumplía con las reglas de la ética profesional y si cometía un error en cuanto a su profesión, era sancionado de manera severa.

¹ F. LARA, *Código de Hammurabi; estudio preliminar, traducción y comentarios*, Editorial Tecnos, Madrid 1986

Las sanciones referidas anteriormente para los casos de mala práctica médica se extendían también para el ejercicio profesional doloso, en donde, a diferencia de lo anterior, se tenían miramientos muy estrictos de los resultados emanados de la acción correspondiente.

Así mismo, en Egipto y Grecia es posible encontrar que existían colegios secretos en donde se fijaban las reglas sobre el arte de curar, para lo cual se estructuraron una amplia gama de disposiciones reglamentarias caracterizadas siempre por la severidad de sus sanciones, llegando a estipularse incluso la pena de muerte.

En Roma se contaba con un cuerpo jurídico denominado *Lex Aquilia*, mediante el cual se fijaron las sanciones en cuanto a la culpa de los médicos en razón de su práctica profesional.

En base de lo manifestado en los párrafos que anteceden, es posible señalar que la profesión médica a lo largo de la historia ha sido vista como una de las que mayor interés genera en el espectro social, ya que debido a la naturaleza de sus actividades se configuran vínculos muy significativos entre las personas que participan en la relación médico paciente.

Respecto de lo que se considera como época moderna en la evolución de la sociedad humana, cabe indicar que las sanciones para los profesionales de la medicina que incurrían en actividades dolosas o culposas derivadas del ejercicio médico, guardaban una proporción mucho más notable frente a los resultados de los errores cometidos y se procuraba además resarcir el daño causado a la víctima, lo cual, consecuentemente deja la venganza de la justicia en un segundo plano.

El avance de la responsabilidad médica se la puede ver aplicada en distintos procesos judiciales que se han seguido contra el médico.

Respecto de la mala práctica médica en el Ecuador, aunque ha habido algunos casos, se puso en primer plano con sonados casos como el de los doctores Cruz y Alpízar, en el cual amputaron la pierna de una señora que padecía várices.

Otro caso importante es el del Doctor Bolaños, quien realizó la operación de meniscos en la pierna que no correspondía.

A partir de estos casos en el Ecuador se crea un estado de alarma en el cuerpo médico nacional, ya que al ser publicitados, las personas se asustan al conocer que los médicos también cometen errores.

MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1.1.1.FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Mala Práctica Médica

La negligencia médica es la negligencia profesional, por acción u omisión de un proveedor de atención médica en la que el trato previsto cae por debajo de las normas aceptadas de la práctica en la comunidad médica y causa lesiones o la muerte del paciente.

Normas y reglamentos para la negligencia médica varían según el país y la jurisdicción dentro de los países. Los profesionales médicos pueden obtener seguros de responsabilidad profesional para compensar el riesgo y los costos de las demandas basadas en negligencia médica.

La mención de un “profesional de la salud” hace referencia generalmente a un médico, pero el término incluye cualquier proveedor de atención médica, como ser dentistas, enfermeros o terapeutas.

El error médico se define como un tratamiento poco razonable, que no es tan cuidadoso, adecuado u oportuno del médico hacia el paciente; y son todas las aéreas de la actividad médica (acción u omisión), como la intervención de emergencia, el transporte correspondiente, la práctica médica, en la residencia o en el hospital, pasibles de ser afectadas por mala praxis.

Mala práctica médica como delito

La práctica médica ha sufrido muchos cambios, hoy en día, la práctica médica ha pasado a:

“...Encierra una actividad lucrativa de significativa importancia económica y tal actividad encuentra a través de la figura de la empresa a un verdadero factor de producción de bienes y servicios vinculados al área de la salud pública”².

La salud es de tal importancia, que muchas personas lo han visto como una manera de lucrar, creando grandes hospitales, o poniéndose un consultorio médico con precios sobre lo normal. Lastimosamente, en muchas ocasiones, las máquinas necesarias para poder determinar qué enfermedad tiene el paciente, son caras, y a pesar de que el Estado garantiza la vida, es el paciente que debe pagar estas sumas de dinero.

La mala práctica médica nace en la relación entre médico y paciente. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en

² M. RODRÍGUEZ JORDÁN, *Mala Praxis Médica: Responsabilidad penal, civil y administrativa*, Ediciones de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Buenos Aires, 1999, p.61

forma defectuosa o causar daños al enfermo. La mala praxis se da cuando, el accionar de un profesional con imprudencia o negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, provoque un daño en el cuerpo o en la salud de su paciente, sea este daño parcial o total.

SALTOS da una definición de que es la mala práctica médica, resaltando que:

“La figura de la mala práctica médica se ha definido como aquel tratamiento erróneo o negligente aplicado por el médico que resulta en un daño, sufrimiento innecesario o muerte del paciente, debido a ignorancia, negligencia, impericia o falta de observancia de las reglas determinadas”.

Sin embargo existen autores, como GAFO que sostienen que cuando la Ley interfiere:

“...es siempre peligroso. En la práctica médica. La Ley tiende a congelar el conocimiento en un punto determinado y esto puede ser a veces peligroso; por ello, lo mejor es que la Ley delimite un marco de actuación y dejar la realización de la práctica a los médicos implicados”³.

Se debe guardar cierta distancia entre el Derecho y la Medicina ya que se puede tornar muy limitante, y los médicos ya no cumplirían su labor con la libertad necesaria, se van a volver muy cuidadosos en los que hacen que inclusive podrían dejar de obrar de la manera correcta con tal de no recibir ningún tipo de sanción.

³ J. GAFO. *Trasplantes de órgano: problemas técnicos, éticos, legales*. Ediciones de la Fundación Humanismo y democracia. Madrid. 1996. p.149

El Derecho y la Medicina son ciencias destinadas a cubrir necesidades del hombre, al ser dos ramas que afectan completamente a la sociedad, deben tener leyes que ligen a estas dos profesiones.

La negligencia médica podría definirse básicamente como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico y otro profesional, causándole daño a la salud o al buen estado del paciente.

El médico causa daños y perjuicios a través de sus errores, es decir, cuando el médico provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daños parcial o total, temporal o permanente, como consecuencias de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

Para que una actuación u omisión pueda transformarse en delito, es necesario recordar la teoría jurídica del delito. "La Teoría Del Delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito."⁴

Como estructura del delito tenemos a la acción típica, antijurídica y culpable.

La acción es la conducta humana dominada por la voluntad que produce en el mundo exterior un cambio determinado.

⁴ F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.205.

Para la concepción finalista, la acción es la conducta humana dirigida por la voluntad hacia un determinado resultado. Mientras que para la concepción social la “acción es la realización voluntaria de consecuencias relevantes para el mundo social y voluntariamente realizadas por un ser humano”⁵.

La tipicidad se refiere al encuadramiento de la conducta humana al tipo penal, es decir, la existencia del tipo dentro de la norma penal, en el caso de la mala práctica médica, no es vista como un delito, ya que carece de la tipicidad, por tal razón creo que es muy importante la realización de la tipificación de la mala práctica médica para que cumpla con los requisitos necesarios que nos da la teoría del delito.

La antijuridicidad es el “acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho.”⁶. Finalmente, la culpabilidad tiene que ver con “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 la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta.

Como hemos visto la mala práctica médica no es un delito, por la falta de tipificación, sin embargo reúne la antijuridicidad, ya que el médico que obra con mala práctica médica, se va en

⁵ J. SAINZ CANTERO. *Lecciones de derecho penal, parte general*, Bosch, Barcelona, 1990, pp.489-493.

⁶ J. MACHICADO. *Apuntes jurídicos*

contra de los bienes jurídicos que consagra la Constitución, además reúne los elementos necesarios de la culpabilidad.

Mala práctica médica que provoque, pérdida o mutilación de órganos.

Cuando se somete a una cirugía, confía en que el cirujano llevará a cabo el procedimiento sin errores; pero eso no siempre sucede. De hecho, según estudios recientes, cada año, cientos de miles de pacientes sufren lesiones como consecuencia de malas praxis. Muchos de ellos sufren lesiones debido a que algo sale mal durante la cirugía.

Los cirujanos deben tomar medidas especiales para evitar lacerar o perforar los órganos, los sistemas y las funciones del cuerpo de sus pacientes cuando llevan a cabo una operación. Cuando los cirujanos no respetan los estándares adecuados de atención, se producen errores quirúrgicos graves. Muchas lesiones ocurren porque médicos con falta de experiencia o descuidados llevan a cabo cirugías complejas.

Hay diferentes formas en que los errores quirúrgicos pueden causar complicaciones en órganos internos:

- Realizar cirugías o procedimientos con negligencia
- Perforación por negligencia
- Ausencia de diagnóstico de desgarró u obstrucción
- Realización de colonoscopia con negligencia
- Laceración durante una cirugía

Negligencias medicas más comunes

Dentro de las negligencias médicas más comunes, se ubican:

1. Toda clase de **Intervenciones Quirúrgicas con resultado lesivo** para el paciente, practicadas dentro de cualquier especialidad médica, con resultados de: Fallecimientos injustificados. Tetraplejias, paraplejias. Parálisis o disfunciones nerviosas. (Ejemplo: operaciones de hernias y a consecuencia de la misma, lesión de nervios: poplíteo, etc.). Atrofia de órganos, lesiones vasculares (Como ejemplo.: Intervención de hernia inguinal y como consecuencia de la misma, atrofia testicular ó lesión vascular, como la disfunción eréctil). Perdidas de visión, en intervenciones oculares simples, como cataratas. Empeoramientos de las patologías de base o partida que llevaron al paciente a operarse.

2. **Falta de empleo de los medios adecuados de diagnóstico** o su empleo a destiempo (fundamental, en los procesos cancerígenos, en los que la detección precoz va relacionada directamente con la supervivencia del paciente):
CÁNCER DE MAMA (la no práctica o práctica retardada de mamografía, ecografía, punción ó biopsia... ante detección de bulto anormal en el pecho ó sintomatología específica).
Falta de empleo de pruebas diagnósticas específicas ante sospecha de cualquier otro tipo de neoplasia o tumor.

3. Por prescripción inadecuada de medicamentos, que pueden llegar a producir: Fallecimiento. Lesiones graves. Reacciones alérgicas severas. Estado de coma o vegetativo.

4. Por falta de cumplimiento por parte del cirujano que va a operar, del deber de la obtención del consentimiento informado previo por escrito del paciente anteriormente a la práctica de operaciones quirúrgicas ó de la utilización de medios de diagnóstico de riesgo: paracentesis, endoscopias, artroscopias, contrastes, etc.

Señalar que para que el consentimiento sea válido, debe ser informado, esto implica que al paciente se le debe dar por escrito el nombre de la intervención o tratamiento, una relación completa de los riesgos y beneficios típicos de la operación o tratamiento al que va a ser sometido, incluyendo el pronóstico y las posibles alternativas de tratamiento. También se debe informar de los riesgos personales y propios que cada paciente presente, por razón de la edad o del estado de salud previo. En ningún caso serán consideradas válidas las hojas de consentimiento genéricas.

5. Cirugía Estética: Por no-obtención del resultado prometido en cirugía voluntaria, satisfactiva o estética.
6. Por errores de diagnóstico que produzcan daños.
7. Pérdida de la oportunidad de sobrevivir por la no prestación de cuidados médicos o su prestación a destiempo.
8. Por transmisión post-transfusional de enfermedades infecciosas (hepatitis C ó SIDA (HIV), como más frecuentes).

9. Por infecciones hospitalarias (infecciones intrahospitalarias o nosocomiales), causadas por numerosas bacterias presentes en este medio.

10. Expresamente errores más comunes en Ginecología y Obstetricia:

- Errores en el seguimiento del embarazo y/o el parto.
- No detección de malformaciones visibles en pruebas ecográficas.
- Daños en el feto por negligencia en el transcurso del parto.
- Daños en el feto por prescripción de medicamentos a la madre.

11. Por daños causados por no seguimiento de los Protocolos y guías médicas al uso.

12. Por daños causados como consecuencia de las listas de espera. Daños que pueden consistir en: Fallecimiento por tardanza en realizar la prueba diagnóstica o la intervención quirúrgica. Agravamiento de la enfermedad de base debido a la espera.

13. Errores de gestión. Daños ocurridos como consecuencia del funcionamiento interno del propio hospital: caídas de camillas o de sillas de ruedas, mala práctica de las funciones de enfermería, etc.

14. Falta de control o preparación en la realización de pruebas diagnósticas de riesgo sin la preparación y vigilancia

necesarias, por ejemplo: prueba de esfuerzo cardíaco en la que fallece el paciente.

15. Daños producidos por el propio material quirúrgico, como quemaduras producidas por bisturí eléctrico o incluso electrocuciones.

16. Daños producidos por la radiación excesiva del paciente.

17. Olvido de material médico dentro del cuerpo del paciente en el transcurso de una operación quirúrgica.

18. No prestarse la asistencia sanitaria de urgencia cuando se requirió por no estar presente el facultativo o por cualquier otro motivo, por ejemplo: retraso de la ambulancia o de los facultativos al llegar al lugar en el que se ha producido un siniestro o se requiere la asistencia urgente, tardanza en atender a una persona con claros signos de sufrir un infarto o cualquier otra patología que requiera asistencia sanitaria urgente, ausencia de especialistas o retraso en requerirlos cuando se requiere su presencia con urgencia.

19. Resultado anormalmente desproporcionado con lo que es habitual y usual comparativamente, por ejemplo: Fallecimientos o lesiones graves sucedidos durante el transcurso de intervenciones quirúrgicas sencillas o tratamientos médicos sin complicación. Resultados totalmente ajenos a los perseguidos con el tratamiento o la intervención. Fallecimiento de parturienta en el hospital sin patología previa. Ausencia de detección de preclampsia, eclampsia o Síndrome de Hellp en embarazadas y

fallecimiento de las mismas. La falta de práctica de las analíticas indicadas en las Guías y Protocolos.

Bienes jurídicos afectados

El paciente al acudir al médico tiene toda la necesidad de mantener una relación de confianza, ya que se está poniendo en manos del médico toda su integridad personal, y por tal razón, el médico debe asumir con toda responsabilidad su ejercicio profesional. No hay que olvidar que el médico tiene en sus manos la vida, la integridad, la dignidad y la economía personal de su paciente y se circunscriben integralmente a la calidad y eficacia con la cual desarrolle las actividades profesionales que le corresponde.

En este sentido, se generan una serie de factores conducentes todos ellos a determinar afectaciones o beneficios a determinados bienes jurídicos, los cuales por su importancia, requieren ser analizados.

En tal virtud, se plantea a continuación el siguiente estudio de los bienes jurídicos ligados con el ejercicio de la práctica profesional médica:

1.-Vida

La vida humana constituye el bien fundamenta y esencial de la persona y de toda sociedad. La vida es el objeto tutelado por excelencia en el delito de la mala práctica médica.

En la Constitución vigente, podemos apreciar que la vida se consagra de manera absoluta, suponiendo su inviolabilidad sin excepción alguna. Protegiendo la vida desde su concepción, palabra que es muy debatida.

El deber fundamental que tiene el médico es el de cuidar la vida, y hacer lo posible por curar al que lo necesita, por esta razón es muy importante que el médico ejerza su trabajo a conciencia de que cualquier práctica irregular lo pueden traer consecuencias perjudiciales para él.

2.-Integridad física y psicológica

La Constitución, además de la vida, también protege la integridad personal, es decir, se garantiza el respeto de la personalidad física y moral de la persona, respetando a y garantizando el cuerpo y mente sano de toda persona, que le permita una calidad de vida y un desenvolvimiento social normal.

El ser humano es integra, por lo que es muy importante que se proteja a la persona, permitiéndole al paciente desarrollarse de una manera independiente y con absoluta normalidad en la sociedad.

3.- Dignidad

Dignidad puede ser entendida como el respeto que tiene la persona como tal. Por lo tanto, todo hecho que afecte la vida o la integridad de la persona, es una falta de respeto a la dignidad del mismo.

La dignidad del paciente no solo involucra la protección de manera legal, o la obligación del profesional de salvar este bien jurídico. Es necesario que se implemente una sanción directa al profesional de la salud que atenta contra los derechos humanos del paciente, es decir, debe garantizar la dignidad de su paciente, sin perjudicarlo.

4.- Economía personal

Cuando se rompe la relación entre el médico y el paciente, la irresponsabilidad del profesional de la salud cae indudablemente sobre su paciente, ya que es el paciente quien debe afrontar todo tipo de problema ocasionado, o en el caso de una negligencia médica que produzca la muerte, quienes deben afrontar estos problemas es la familia del paciente, es decir, el galeno nunca va a tener que afrontar estas complicaciones.

Es injusto decir esto, sin embargo es muy cierto. Es injusto porque para empezar el médico es el responsable, de manera completa, no debe derivar en nadie más que en él mismo; además, hay que tener en cuenta que en la actualidad, la salud es tan cara en el Ecuador, que enfermarse es un lujo, pues el tratamiento o la curación tiene un gasto muy significativo.

5.- Objeto tutelado

Determinar el objeto jurídico se puede decir que es uno de los problemas más frecuentes que tiene la doctrina, es necesario mencionar que la doctrina determina varios bienes jurídicos, y estos bienes jurídicos se encargan de precautelar un interés particular de la sociedad dentro del Estado; así por ejemplo, la vida es el bien jurídico más protegido por las legislaciones.

Como BURÓN indica que “esta determinación tiene como interés revelar el daño que causa el delito y quiere evitar la norma penal, por tanto la razón jurídica de que la conducta esté desvalorada y prohibida por la ley penal, de que sea antijurídica o, en otros términos, de que sea un hecho injusto,

primera característica que requiere todo delito y que se estudia seguidamente”⁷.

La ley protege la vida humana independiente, siendo el bien jurídico que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente, la vida es protegida por el Estado, no solo por el interés del individuo, sino también por el interés de la sociedad.

Los bienes jurídicos pueden ser vistos como las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad, los titulares de los bienes jurídicos pueden ser las personas, la sociedad, el Estado o la comunidad internacional.

MEINCKE cita a VON LISZT indicando que es deber del Estado proteger los bienes jurídicos, ya que son los “...intereses vitales, intereses del individuo de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida, pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”⁸.

En las legislaciones del mundo, es muy fácil encontrar que la vida es un bien preciado, y en el caso de que se produzca una mala práctica médica, lo que se busca proteger es la vida del paciente.

De la mala práctica médica y el delito inintencional

Resulta increíble que a pesar de los esfuerzos y de los cientos de casos reportados en el país, la figura de la mala práctica

⁷ J. BURÓN, *Psicología del Médico Forense: la investigación del delito*, Editorial Desclee de Brouwer, Buenos Aires, 1997, p. 20.

⁸ M.J. MEINCKE. *La mala práctica...*, op. cit., p.49

médica aún no es contemplada en nuestra legislación. Se puede decir que uno de los motivos tiene que ver por las condiciones en las que se maneja el mismo sistema hospitalario en el país.

Para nuestra legislación la responsabilidad que cae en la acción de los médicos es analizada desde el punto de vista del delito inintencional, pero para alguna legislación extranjera, el médico tiene mayores responsabilidades cuando realizan estas acciones, de tal forma, los médicos responsables responden de manera administrativa, civil y penal.

Es muy importante saber que el delito inintencional como el de la mala práctica médica en la legislación internacional, tienen grandes diferencias, por una parte en el delito inintencional el castigo es una pena leve, y además se debe analizar si este proviene de la total entrega del médico en su trabajo y la grave consecuencia de que el paciente falleció, por otra parte se debe tomar en cuenta que el delito de mala práctica médica en legislaciones del mundo, es visto como un delito independiente y que involucra un análisis de la pena y sus consecuencias se deben analizar.

GUZMÁN LARA, tratadista ecuatoriano, dice sobre la mala práctica médica como delito inintencional en la legislación ecuatoriana, que:

No se trata de equivocación en el diagnóstico por parte del médico.

Debe aparecer el elemento de la negligencia, esto es, el descuido o falta de precaución, la ineptitud no se asimila a la

negligencia, pero si la habría al no contar el médico con el tiempo necesario para dar atención al paciente, como el caso de abandono de una casa de salud en que trabaje, sin dejar reemplazo aceptado por el jefe de la casa asistencial o del cliente, de tratarse de atención particular.

Si toda persona debe tener prudencia y cuidado en sus actos, con mayor razón el profesional médico, como el que expende medicinas, pero tampoco puede exigirse infalibilidad. Dos enfermos con el mismo mal pueden reaccionar en forma distinta al mismo medicamento. Ello depende de un sinnúmero de factores: edad, grado de avance de la enfermedad, la presencia de otras dolencias, el desgaste orgánico, la presencia de vicios y de degeneraciones, etc. La negligencia debe ser apreciada en cada caso, ella significa no prestar la atención debida, atención tardía, falta de órdenes precisas, falta de recepción de los datos, generalmente acostumbrados para determinar el diagnóstico, etc.

Todos los delitos que tengan que ver con la atención de los pacientes, deben ser establecidos dentro de las normas administrativas, de hecho en la responsabilidad civil se hallan determinadas, pero en forma principal se debe indicar que la norma penal si debe contemplar la mala práctica médica como un delito diferenciado completamente de otras figuras, pero que no debe establecerse la misma rigurosidad con la que se la sanciona en otros países.

Lamentablemente en nuestro país, el sistema de salud no funciona, habiendo lugares de la población que no tienen ni un Centro de Salud cercano al lugar en donde habitan, yendo

en contra de la Constitución en cuanto a la garantía de la Salud.

Sujeto activo

El sujeto activo puede ser cualquier persona capaz, pero en el caso de la negligencia médica, no es cualquier persona, es el profesional de la medicina, ya que en razón a su profesión, su conducta debe estar regida con mayor responsabilidad en tanto que su actividad profesional lo obliga a realizar sus acciones con mayor previsión, diligencia y su necesario deber de cuidado.

El delito es el resultado de la inobservancia de reglas técnicas de su profesión, dando lugar a que se produzca la muerte de una persona por falta de previsión, o la ocasión de lesiones.

El sujeto activo es quien realiza la acción, por ende responde ante la justicia como autor del delito. En el delito de mala práctica médica, de forma general responderán como autores o sujetos activos, los profesionales de la salud, que están encargados de cuidar a los paciente.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de la acción es el titular del bien jurídico lesionado, o puesto en peligro. En tal sentido y en case a las determinaciones, el sujeto pasivo es el paciente que pone al cuidado de los médicos y enfermeras su bien jurídico que en este caso es la salud.

En este caso en particular, el paciente es el sujeto pasivo, ya que es él, sin importar su edad, condición o capacidad jurídica, quien pueda sufrir una lesión en los bienes jurídicos

que ya se hablo con anterioridad. Sin embargo, en caso de dar la muerte al paciente, los sujetos pasivos en este acto son sus parientes o herederos.

DELITO DE LESIONES

Consiste en el daño injusto causado en la integridad física o en la salud de una persona. No debe estar motivado por el propósito de matar, pues si alguien, queriendo causar a otro la muerte, sólo logra lesionarle, el delito cometido no será de lesiones, sino de tentativa de homicidio. Si sucede al contrario, es decir, si el que queriendo lesionar a otro, lo mata por desconocer los efectos de su acción o no prevenir complicaciones posteriores (por ejemplo, no sabía que un corte de cuchillo en un brazo podía ser mucho más difícil de cerrar en esa víctima concreta, por tratarse de un hemofílico), no habrá delito de lesiones, sino un homicidio simple.

En este delito se consideran tanto las lesiones infligidas en la salud física como las de carácter psíquico o sensorial alcanzando incluso a la capacidad laboral. Así, se conceptuará como delito de lesiones la mutilación o inutilización de un miembro, la privación del sentido de la vista, del oído u otro, la limitación de la aptitud para el trabajo, las deformidades, la impotencia y esterilidad, y el menoscabo de la salud psíquica o física.

Como es natural, la pena es tanto mayor cuanto más grave sea la lesión, y para evaluarla se tienen en cuenta tanto las secuelas como, en su caso, el tiempo que la víctima tarde en curar de las mismas.

Suelen tener una consideración aparte los delitos y faltas cometidos por el patrón o empresario cuando, por una infracción de la normativa laboral de seguridad, higiene, salubridad y otras relativas a las condiciones laborales, se originen daños en la salud o en la integridad de los trabajadores.

Además de la pena correspondiente al delito de que se trate, el autor de las lesiones se verá obligado a indemnizar al perjudicado.

En la actualidad existe una tendencia, más o menos acusada según los países, a establecer una serie de categorías de lesiones según un baremo concreto, con arreglo al cual se pretende que lesiones de similar entidad no sean indemnizadas con cuantías muy diferentes según la apreciación subjetiva de quien los juzga.⁹

Lesiones dolosas leves y graves

Frente a un hecho ilícito doloso, que ocasiona lesiones en el cuerpo o en la salud de una persona, nos preguntamos cuando estamos en el caso de lesiones dolosas leves y cuando en el caso de lesiones dolosas graves; para ello, es de importancia determinar los elementos constitutivos de los mismos. Elementos Constitutivos del Delito de Lesiones Dolosas Leves y Lesiones Dolosas Graves Los elementos de ambos son:

⁹ "LESIONES" Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2001. © 1993-2000 Microsoft Corporación.

a.- La realización de un acto dañoso al cuerpo o a la salud: Las lesiones pueden ser producidas usando la violencia (golpes, maltratos) o empleando medios físicos (armas de fuego, instrumentos cortantes, contundentes, etc.); o medios morales (amenazas, estado de terror que puede producir perturbaciones mentales). Para nuestra ley es indiferente el medio empleado en los delitos dolosos, desde el punto de vista de la tipificación, siendo lo trascendente, en realidad, el resultado que se manifieste en la salud física o mental. Lo que denota que el legislador no puso límite a los medios, por tanto es indiferente cualquier medio que sirva para lesionar.

b.- Cuando el resultado dañoso, no se encuentre subsumible como lesión grave y el daño en el cuerpo o en la salud requieran más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, estaremos ante una *lesión dolosa leve* y cuando el resultado dañoso, se encuentre subsumible como lesión grave y el daño en el cuerpo o en la salud requieran treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, estaremos ante una *lesión dolosa grave*:

Las circunstancias que se subsumen como lesiones graves son:

- a) Lesiones que ponen en peligro inminente la vida.
- b) Mutilación del cuerpo, de un miembro u órgano principal.
- c) Lesiones que hagan impropio para su función un miembro u órgano importante.
- d) Lesiones que causan incapacidad para el trabajo.
- e) Lesiones que causan invalidez.
- f) Lesiones que causan anomalía psíquica permanente.

g) Lesiones que desfiguran grave y permanente a una persona.

h) Cualquier otro daño grave a la integridad corporal o a la salud física o mental.

Como es notorio, para determinar si un hecho es grave o no, el legislador ha establecido ya taxativamente los criterios antes señalados, impidiendo así que arbitrariamente se determine.

c.- Relación de causalidad entre el acto lesivo y el resultado dañoso: Así se tiene que a ninguna persona se le puede reprimir por un hecho previsto por la ley como infracción, si el resultado dañoso o peligroso del que depende la existencia de este ilícito, no es consecuencia de la acción u omisión de esa persona, en otras palabras, el resultado del cual depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien lo causó, considerándose causa la acción u omisión, sin la cual el resultado no hubiera ocurrido.

d.- Dolo: Es necesario que se precise la culpabilidad del agente, esto es, que el resultado “daño” constituya una consecuencia consciente y voluntariamente obtenida. Así el agente debe actuar con animus vulnerandi, llamado también animus laedendi; es decir, se requiere conciencia y voluntad de dañar la integridad física o la salud (física o mental). Por lo que el dolo del autor debe comprender necesariamente, tanto el nexo causal como el resultado dañoso producido, exigiéndosele al agente que haya previsto y querido producir una lesión.

Lesión en consecuencia es el daño que se causa en el cuerpo o en la salud mental de una persona sin la intención de matar.

Desde el punto de vista jurídico y de acuerdo a la descripción legal, resultan ser dos los bienes jurídicos que se tutelan: el cuerpo y la salud.

El código también clasifica las lesiones de la siguiente forma:

- a).- Lesiones graves.
- b).- Lesiones leves.
- C).- Lesiones con resultado fortuito.
- d).- Lesiones culposas.

El sujeto activo y pasivo de este delito puede ser cualquier persona. El delito se entiende consumado cuando se causa un daño grave en la salud de la persona.

El delito se encuentra consumado con el daño ocasionado a la víctima, y el cual según prescripción facultativa requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso.

Conforme lo prescribe el tipo legal, se debe distinguir tres supuestos:

- 1.- Que el sujeto activo tuvo la intención de causar una lesión menos grave.
- 2.- Que, a consecuencia de dicha lesión se produjo un resultado grave o incluso la muerte de la víctima.
- 3.- Que el sujeto activo no pudo prever el resultado, era pues imprevisible.

Titulares del resarcimiento

Los resarcimientos que procedan por daños corporales serán compatibles con cualesquiera otros a que tuvieran derecho las víctimas o sus causahabientes. Sin embargo, los gastos por razón de tratamiento médico, prótesis e intervenciones quirúrgicas sólo serán resarcidos en la cuantía no cubierta por cualquier sistema de previsión al que la víctima estuviere acogida. Serán titulares del derecho de resarcimiento por daños corporales:

- **En caso de lesiones**, la persona o personas que las hubieren padecido; respecto de los gastos médicos por tratamiento, en el caso de que no estén cubiertos total o parcialmente por algún sistema de previsión, los propios lesionados o la persona o entidad que los haya sufragado.
- **En caso de muerte**, y siempre con referencia a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:
 - a) El cónyuge de la persona fallecida, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, cualquiera que sea su orientación sexual, durante al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida, o de la persona conviviente, siempre que dependieran económicamente de ella, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.

- b) En el caso de inexistencia de los anteriores, los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella.
- c) En defecto de los padres, y siempre que dependieran económicamente de la persona fallecida, y por orden sucesivo y excluyente, los nietos de ésta, cualquiera que sea su filiación, los hermanos y los abuelos de la misma.
- d) De no existir ninguna de las personas reseñadas en los apartados anteriores, los hijos, cualquiera que fuera su filiación y edad y los padres, siempre que tanto unos como otros no dependieran económicamente del fallecido.

Calificación de las lesiones

Para la calificación de las lesiones será necesario, en todo caso, el dictamen médico

El consentimiento

Un tema importante en el delito de lesiones es el referido al consentimiento emitido por el sujeto pasivo. A este respecto se cuestiona la naturaleza del consentimiento dado por la persona que sufre de lesiones, es decir si se configura una causa de atipicidad, de justificación, de atenuación de la sanción penal o carece de relevancia penal para el sujeto activo del delito

Para resolver esta interrogante hay que precisar si bien el bien jurídico protegido que es la salud, es un bien del cual puede disponer el sujeto libremente. En el Art. N^o, se indica que “Toda persona tiene derecho: 1 ... A su integridad moral , psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” ; de ahí se

deduce que la salud es un bien jurídico individual , o lo que es lo mismo , el sujeto tiene capacidad de disposición sobre el .

Al ser la salud un bien jurídico de libre disposición por parte del sujeto, tan es así que no se castigan las auto lesiones, resulta necesario plantearse si este principio es asumido también por nuestro Código Penal.

El primer párrafo del Artículo 124 del Código penal en el cual se indica expresamente para las lesiones culposas con resultado leve que la acción es privada: en cambio en el segundo párrafo se dice que , si las lesiones culposas generan un resultado grave , la acción es pública. A este respecto, habría que recordar que en los delitos de acción privada , quien puede denunciar es solo el afectado, de ahí que las lesiones culposas generan un resultado leve opere el consentimiento del agraviado; por lo tanto , si este consiente en las lesiones no podrá seguir ningún proceso penal por ellas.

En cambio, en las lesiones dolosas y en las culposas con resultado grave carece de relevancia el consentimiento del agraviado, puesto que la acción es pública y cualquiera puede denunciar el hecho delictivo.

Esta conclusión pareciera que contradice nuestra Constitución , pero en realidad con la tipificación de este delito no se plantea mas que un conflicto de intereses del Estado en castigar todo acto doloso que afecte a la salud y los actos culposos que tengan un resultado grave , en donde se ha infringido un deber objetivo de cuidado de cierta magnitud.

En resumen, el consentimiento del agravado en el Código Penal, solo tiene relevancia en las lesiones culposas con resultados leves, mientras tanto, en las lesiones dolosas como en las culposas con resultado grave carece de relevancia.

FUNDAMENTACION LEGAL

La culpa como elemento principal de la negligencia medica

Como principal elemento de una mala práctica médica se tiene a la culpa, pues en el art. 14 del Código Penal se estipula que "...la acción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causas de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos." ¹⁰

La culpa es la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, pasaría entonces una acción defectuosa, que conlleva dentro una tendencia criminal, pues ataca a un bien jurídico protegido y es penalmente reprochable. Es muy importante que el médico se someta al objetivo de cuidado que la ciencia médica manda a obedecer, particularmente cuando existen riesgos mayores para la salud del paciente ya que dependiendo de su respeto o irrespeto a estas normas, se obtiene la práctica buena o mala al paciente.

En general ningún código contempla la figura del deber de cuidado, sino que más bien establece un deber genérico cuya infracción resulta punible, por lo que se hace necesario que en cada situación se identifique cual era ese deber de cuidado exigible, así se logra determinar la tipicidad.

¹⁰ Código penal art. 14

El deber de cuidado, ha sido tratado desde varios puntos de vista, uno de los cuales se basa en un criterio objetivo, es decir, el cuidado que el deber exige es aquel que hubiera puesto una persona consciente y prudente en la misma situación, dejando a un lado la especial capacidad que pudiere tener el agente.

El deber del cuidado le permite al médico a actuar con una manera dedicada, con precaución, yendo de la mano con los procedimientos médicos de conformidad con las reglas y técnicas de que se le ha enseñado, haciendo uso de todos los recursos disponibles para que el paciente recupere la salud. La culpa aparece cuando el médico se va en contra del deber de cuidado provocando daños a los bienes jurídicos del paciente, cuando da una atención médica irresponsable, pero sin la intención de causar daño, a pesar de que pudo haber evitado esta actuación. Es decir, si el médico a pesar de no tener la intención de causar el daño, es consciente de que su modo de obrar es negligente o imprudente, está dentro de la culpa.

Para que la conducta del médico sea culposa, es necesario que exista una relación de causalidad entre la conducta y el resultado obtener. En otras palabras, el resultado debe encontrarse en principio en la actividad desarrollada por el médico, la misma que conduce evidentemente a la violación del deber de cuidado demandado, cuya inobservancia lesiona los bienes jurídicos del paciente.

La culpa es el elemento esencial en este delito, pues la gran mayoría de casos han dicho que la mala práctica médica es

un delito culposo, y es juzgado como un homicidio inintencional cuando se ha causado la muerte en el paciente.

En el homicidio inintencional se encuentran los siguientes elementos:

Falta de precisión, es decir, no pensar en las consecuencias que pueden pasar en el futuro.

Falta de precaución, es decir, no prever un resultado como posible y analizarlo tratando de evitar los daños.

Básicamente en el homicidio inintencional se está ante el hecho de la muerte de una persona que no fue deseada.

En el Derecho Penal, son varios los tratadistas que le dan a la negligencia un significado muy amplio. JIMÉNEZ DE ASÚA establece que también dentro de la negligencia, se puede encontrar también a la imprudencia y a la impericia ya que la negligencia es la negación de la diligencia, y quiérase o no se encuentra en todas las restantes formas de culpa.

JACOVELLA menciona algunos conceptos que se relacionan con la negligencia, entre los cuales encontramos a la imprudencia, negligencia e impericia.

Impericia: no tener el conocimiento suficiente para actuar de manera idónea.

Imprudencia: Afrontar un riesgo sin haber tomado todos los recaudos para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar en lo inconvenientes que resultarán de la acción.

Negligencia: Incumplimiento de los elementos principales inherentes al arte o profesión, en este caso el arte de curar.

Los planteamientos expuestos de manera precedente guardan una gran relevancia respecto del tema planteado, pues en virtud de su comprensión integral, se torna factible una diferenciación objetiva entre lo que constituye la práctica médica culposa y la práctica médica de carácter dolosa.

En este sentido, se plantea a continuación el siguiente análisis jurídico y doctrinario de lo que constituye la imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de la ley y el dolo, principalmente en base a lo que dispone el Código Penal ecuatoriano y las principales corrientes teóricas.

Imprudencia

La imprudencia se refiere a realizar un acto con ligereza, comúnmente en los diccionarios se define a la imprudencia como la falta de prudencia, siendo una punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia aconseja, la cual conduce o ejecuta hechos que resultan en delitos.

Imprudencia médica; es cuando se “realiza algo que se debió evitar, actuando con temeridad manifiesta en forma precipitada”

La imprudencia es “una conducta culposa positiva, en un actuar desmesurado, en exceso, apresurado o irreflexivo que provoca un resultado dañoso por no haberse tomado las precauciones que en el sentido común indica o bien por haber

actuado con cierta laxitud subestimando las posibles consecuencias dañosas”.

CABANELLAS con respecto a la imprudencia define lo siguiente: Genéricamente la falta de prudencia, de precaución. Omisión de la diligencia debida. Defecto de advertencia o previsión en alguna cosa. Manifestación que descubre o revela algo que convenía reservar o que provoca algún mal ante la reacción ajena.

La imprudencia es lo opuesto a la prudencia, es decir, es enfrentar un riesgo sin haber tomado las precauciones necesarias para evitarlo, y proceder de una forma apresurada, sin tomar el tiempo necesario para pensar en todos los inconvenientes que pueden resultar de su forma de obrar, es una forma de actuar sin pensar en los riesgos que se pueden ocasionar.

La imprudencia es un hecho en el cual no existe la intención de cometer un daño a la persona. La imprudencia supone una actuación sin moderación, como por ejemplo el médico que practica intervenciones que requieren de mutilación en pacientes con diagnóstico de cáncer, contando solo con un examen clínico básico.

Así mismo, es una conducta contraria a la que el buen sentido aconseja, emprender actos excepcionales fuera de lo normal, hacer más de lo debido; es decir, una conducta peligrosa. Es una violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia, actuando sin cordura, moderación o discernimiento.

En el imprudente observamos la ejecución de algo que el deber de cuidado ordena que no se lo haga, el imprudente actúa en forma temeraria y desusada.

Para verificar un delito imprudente en la mala práctica médica, se debe cumplir con lo siguiente:

Violación al deber objetivo del cuidado.

Resultado lesivo.

Nexo de determinación causal entre los dos elementos anteriores, es decir, que exista el nexo de imputación.

Dicho esto, para que exista un tipo prudente, el sujeto debe tener una actuación que abarque el resultado producido, y que este resultado no haya sido ejecutado por una voluntad para conseguir el resultado. Un ejemplo que da la doctrina de imprudencia es el que veremos a continuación:

Aparece un absceso perianal, en lugar de realizar una incisión pequeña, intentando que el pus drenase, decide que, es necesario extraerla. Como consecuencia de la operación resultado seccionado el esfínter.

En este caso si el médico hubiera actuado prudentemente y hubiera realizado la intervención menos compleja y agresiva, pudo haber comprobado los resultados, antes de realizar la intervención más compleja.

El médico realiza una acción imprudente al momento en que se excede en su accionar, actuando con ligereza y falta de compromiso con el paciente, sin que valore lo que conviene; es decir, incumple con su deber de previsión. El profesional

de la salud en lugar de evitar un peligro para su paciente, incrementa el riesgo en la salud del mismo.

Dolo en la práctica médica

El dolo en la práctica médica es muy debatible ya que consiste en “Las maquinaciones fraudulentas encaminadas a producir engaño en otra u otras personas”, es decir, la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. En la práctica médica se pueden dar ocasiones en que los profesionales, a sabiendas de los resultados que pueden obtenerse después de un tratamiento, no lo advierten o lo hacen conocer al paciente. Estos casos son comunes en las cirugías.

Es necesario hablar del dolo en esta investigación ya que si se busca la tipificación de la mala práctica médica, es necesario conocer si el médico puede caer en algún tipo de dolo, obteniendo sanciones muchas más severas que cuando incurre en la mala práctica médica por culpa.

El dolo en el desarrollo de las prácticas profesionales como la medicina y la justicia, constituye un factor operativo tendiente a implementar características que socaban bienes jurídicos de gran relevancia para la integridad social, tales como el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal, en virtud de los cuales, se determinan adicionalmente necesidades imperativas de regulación y sanción a ser impuestas por el Estado.

Como se sabe, ningún profesional de la salud atiende a su paciente para causarle un mal, de manera consciente y voluntaria, sin embargo, la mente humana puede tener otras

intenciones, cambiando la forma prudente de actuar del médico.

El médico que actúa dolosamente, según MONTANELLI, “tiene cabal conocimiento de lo que hace, sabe muy bien qué está haciendo y quiere hacerlo. Tienen absoluto dominio y conocimiento sobre los actos ilícitos que realiza y prevé los resultados delictivos” Por tal razón es de suma importancia evaluar al delito doloso según la intencionalidad del galeno al cometer la infracción

Si en algún momento dado, el médico cae en la intención de causar la muerte, reúne el requisito de dolo directo, que ya sale del ámbito de la mala práctica, y tendría que considerarse como cualquiera de las otras figuras penales en la legislación. Se puede ver como un asesinato, ya que reúne con el requisito de que el paciente estaba indefenso.

Por tal razón, para que no sea tan extremo el juzgamiento y para no tener ningún tipo de confusión, pienso que es necesario que exista tan solo un tipo penal que regule la mala práctica médica en diversos casos, como cuando se haya cometido con dolo, o tan solo con culpa.

A continuación una breve definición de los tipos de dolo que encontramos en la materia.

Dolo directo e indirecto

El dolo directo es el más común para todos, pues es aquel en donde se tienen la intencionalidad de causar el acto. SOLER manifiesta que “El contenido del hecho doloso está constituido

por el conocimiento de los hechos actuales, de sus cambios y de los medios para lograrlos.¹¹”

El dolo indirecto es aquel para llegar al resultado que se quiere, se obtiene algunas consecuencias que no se desean. El dolo indirecto se lo puede encontrar en el ejercicio de la profesión médica cuando “el hecho ha producido consecuencias distintas más graves que aquellas que se previó o pudo prever el acto¹²”.

Es decir, se aplica en el caso del homicidio preterintencional, en el cual el médico interviene quirúrgicamente a su paciente a pesar de que no es necesario, para así obtener un beneficio además de los honorarios, y el paciente fallece.

Dolo eventual

El dolo eventual es el más común que encontramos en la mala práctica médica. En este tipo de dolo, el médico tiene conciencia de que es muy probable que su actuación conduzca un resultado dañoso al paciente, sin embargo actúa.

JIMÉNEZ DE ASÚA, citado por ARTEAGA, nos dice que “hay dolo eventual cuando el sujeto representa la posibilidad de un resultado que no desea pero cuya producción ratifica en última instancia”¹³, es necesario que en este concepto se tenga en cuenta también el elemento de representación en la culpabilidad.

¹¹ S. SOLER, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1988, p.139

¹² A. ARTEAGA, *Derecho Penal Venezolano*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, Caracas, 1998, p. 294.

¹³ A. ARTEAGA, *Derecho Penal Venezolano*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, Caracas, 1998, p. 294.

MONTANELLI también menciona al dolo eventual diciendo que este tipo de dolo como se dijo anteriormente, para formarse concepto de dolo eventual es necesario tomar en consideración el elemento representación en la culpabilidad.

La representación tiene cabida para la construcción del dolo y por ende, del dolo eventual. En efecto, cuando la intención va dirigida a un fin cierto, la estimación del dolo no ofrece duda. El individuo quiere matar a una persona, por ejemplo, y lo hace cumpliendo su determinada intención dirigida hacia el resultado deseable, es decir, hay dolo directo. Cuando entre la intención y el resultado interviene la duda, una incertidumbre, entonces existe dolo eventual.

Este actuar en duda está regido por la posibilidad, no por la seguridad, de que se llegue a un efecto desagradable que resulta ser antijurídico. El sujeto no sabe, si dicha consecuencia se producirá, y sin embargo, actúa. Este es el problema que constituye el nervio de la cuestión. En él se hallan mezcladas dos formas de la culpabilidad, dolo eventual y culpa por representación. El sujeto no ha tenido intención, no ha querido tampoco el resultado antijurídico pero sí se lo ha representado como posible en más o menos y no retrocediendo ante esta duda, actúa y el resultado típicamente antijurídico, o sea, el delito, se produce. Como puede observarse, en el estado actual de la legislación, el dolo eventual se confunde con la culpa con previsión, y por lo tanto, todo aconseja que se abandone esta nomenclatura equívoca.

Entonces, se puede volver a la representación del resultado; en el dolo indeterminado hay certeza de la realización de un resultado de daño, pero este resultado puede tomar varias

formas: si hay indiferencia para la realización de estas, se tratará de un caso de dolo indeterminado con resultado indiferente; y si se concentra, con deseo más intenso, en uno de esos resultados, habrá dolo eventual con preferencia de resultado.

En conclusión, cuando la intención se dirige a ocasionar uno o más resultados, se hablará siempre de dolo determinado o indeterminado; y si el resultado, aunque haya aparecido como posible o probable, no era querido, se entrará en materia de culpa, agravada por la previsión en el segundo caso (resultado probable). El caso más común de dolo eventual dentro del ejercicio médico es cuando el médico realiza una intervención al paciente sin tomar ninguna precaución y poniendo en riesgo la salud

Culpa consciente versus dolo eventual

Siendo un tema confuso, es necesario plantearnos si el médico puede obrar con culpa consciente o con dolo eventual, aunque ya se menciona que el dolo eventual era el más usual dentro de las actuaciones dolosas, sin embargo puede haber ocasiones en que el galeno obre con culpa consciente.

El dolo siempre va a ser caracterizado por la voluntad del resultado, ya que es un acto esencialmente voluntario, mientras que la culpa tiene que ver con un resultado no querido, para todo esto, la línea que separa al dolo eventual de la culpa consciente es muy delgada.

En este punto es necesario hacer una distinción entre la culpa consciente y el dolo eventual.

Existen varias teorías que tratan establecer pautas sobre el dolo eventual para poder diferenciarlo de la culpa consciente. Una de las teorías que encontramos es la teoría del asentimiento, la cual profundiza con la voluntad. “Obra con dolo el sujeto que sabe que el resultado puede acontecer y, no obstante, emprende la acción, aceptándolo. Hay dolo porque concurren el conocimiento y el querer, los elementos del tipo objetivo. Hay culpa si el agente confía en que el hecho no acontezca¹⁴”⁵⁸. Con esta teoría podemos ver que el que obra con culpa está confiado en el que puede evitar el resultado, por tal razón no lo acepta.

En otra teoría, encontramos a la Teoría de la Probabilidad, la cual tiene que ver con lo intelectual, es decir, con el saber. En esta teoría podemos apreciar que “no entra a considerar la peligrosidad del agente sino el acto”, es decir, hay dolo cuando el actor de todas maneras realiza el acto, aun sabiendo que existe peligro, sin embargo estamos bajo culpa consciente cuando no toma en cuenta el resultado. Tiene que ver más con la estadística del resultado.

Finalmente, en la Tesis de Kaufmann encontramos que existe culpa consciente si “el autor [hace] algo para procurar que el resultado no acontezca”, esta tesis se refiere a las actuaciones positivas del actor. Este Tesis ha sido la más aceptada, ya que no tiene nada con lo estadístico, que muchas veces puede ser erróneo, o con la aceptación o rechazo del resultado.

¹⁴ A. ARTEAGA. *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*. Decima Octava Edición, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 2005, p.98.

Podemos concluir diciendo que tanto en el dolo eventual como en la culpa consciente, el sujeto activo no desea de manera directa el resultado antijurídico. Sin embargo, el dolo eventual exige la alta probabilidad de ocasionarlo, mientras que en la culpa consciente, el sujeto solo tiene una simple posibilidad de ocasionar el daño, ya que confía en que puede impedir el resultado antijurídico. En el dolo eventual, la aceptación equivale a la voluntad.

Encontramos culpa consciente cuando el sujeto tiene la confianza en que puede evitar el resultado antijurídico, esta consiente del resultado que puede producir su forma de actuar, sin embargo lo realiza con la confianza de que puede evitar el resultado dañoso.

Es importante establecer estas diferencias ya que el dolo eventual es parte de la penalidad de los delitos dolosos, mientras que la culpa consciente, por ser una modalidad de imprudencia, tiene que ver con los delitos culposos, que siempre serán más leves.

La mala práctica médica en el Ecuador

Marco jurídico

En el Ecuador existe normativa que permite al médico ejercer de una manera responsable su profesión, es decir, ésta normativa ayuda a que el profesional se mantenga dentro de los parámetros apropiados para realizar un buen trabajo, sin realizar una mala práctica. Por tal razón, en estas normativas no existen sanciones penales, que recaigan a la figura de la mala práctica médica.

Existen varias leyes que hablan sobre los médicos, sin embargo, existe un vacío en cuanto a la materia penal ya que, como veremos a continuación, algunas leyes hablan de la forma en que deben actuar los profesionales de la salud.

Entre las normas que regulan el ejercicio profesional de los médicos encontramos:

Ley de la Federación Médica Ecuatoriana. Decreto Supremo No. 3576-A de 17 de julio de 1979;

Reglamento a la Ley de Federación Médica Ecuatoriana, Acuerdo Ministerial No. 1460 de 26 de febrero de 1980.

Reglamento de Concursos para la Provisión de Cargos Médicos a Nivel Nacional, Decreto Ejecutivo 1082 de 20 de noviembre de 1989.

Código de Ética Médica, Acuerdo Ministerial No. 14660-A de 17 de agosto de 1992;

Ley de Derechos y Amparo del Paciente, Ley No. 77 de 3 de febrero de 1995.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, Ley No. 80 de 25 de septiembre de 2002.

Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, Decreto Ejecutivo No. 3611 de 28 de enero de 2003.

Ley Orgánica de Salud, Ley No. 67 de 22 de diciembre de 2006.

A continuación veremos que expiden algunas de las leyes, códigos y reglamentos mencionados con anterioridad.

Ley orgánica de salud

Publicada en el Registro Oficial No. 158, del 8 de febrero de 1971, y actualizada en agosto del 2006, este cuerpo legal contiene en su Título XI del ejercicio de las profesiones

médicas Afines y Conexas, los requisitos formales que debe cumplir el profesional de la salud para estar facultado a brindar atención médica a sus pacientes. Es decir, que todo profesional de la salud debe tener un título académico otorgado por el lugar de estudio, y que sólo ejercerá dentro del área que le permita su título.

Así mismo, se menciona las conductas que no deben realizar los médicos, como: prestar su título, comercializar alimentos. Con esta Ley, el médico es sancionado por no actuar de manera debida, pero no desde el punto de vista de responder al paciente por el daño causado en sus bienes. Además, es necesario mencionar que la Ley Orgánica de la Salud no clasifica el accionar del médico de manera indebida como una infracción, por esta razón, cuando la familia del afectado denuncia la mala práctica médica ante la autoridad sanitaria, se aplica lo dispuesto en el art. 226, el cual dispone que se corra traslado a la autoridad competente en casos que tenga indicios de responsabilidad penal.

Pero es en este instante que a pesar del avance legislativo que tenemos, la perspectiva no es diferente, ya que se remite a la autoridad competente pero se la juzga dentro de los tipos penales existentes, dejando de lado quizá el sujeto activo del profesional de la salud, que debe cuidar la vida, la integridad, la salud de su paciente, y no lo hizo en la mayoría de casos por culpa, y tal vez también por dolo en sus obligaciones.

Este cuerpo legal, como podemos apreciar, deja un gran vacío en cuanto no especifica a la mala práctica médica como una infracción que vaya más allá del ejercicio profesional, sino a la persona que fallo frente a su paciente, por tal razón no

existe una figura legal que permita reclamar a la autoridad competente de una manera justa y apegada al Derecho.

Ley de los derechos y amparo al paciente

Siendo la Ley No. 77, publicada en el Registro Oficial Suplemento 626 del 3 de febrero de 1995, encontramos todos los derechos que tienen los pacientes ya mencionados en el Capítulo II, entre los cuales encontramos, la atención digna, no ser discriminados, la aplicación de confidencialidad entre el paciente y el médico, información acerca del procedimiento médico que se va aplicar, a ser informado, a elegir el tratamiento e incluso establece la obligatoriedad de atender a un paciente en estado de emergencia, sin ningún tipo de condición.

Sin embargo, en esta ley no encontramos a la mala práctica médica como una figura legal expresa, y tampoco sanciona o establece un tratamiento específico para la violación de las garantías del paciente, resultado del accionar de manera indebida por parte del galeno, pero hay que aclarar que sirve de fundamento para cualquier reclamo dado por una mala práctica médica, no obstante, no permite instaurar un proceso concreto contra quien haya realizado la mala praxis a su paciente. Tampoco sanciona al profesional de salud que obre de manera errónea.

La única sanción que podemos encontrar es la estipulada 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".

Código de ética médica

Este código se refiere más a una presión moral sobre el médico, menciona las conductas apropiadas que deben tener para ejercer una buena práctica médica, y de esta manera realizar un buen trabajo y no poner en riesgo la vida del paciente. Una de las obligaciones principales que establece este Código, es la conservación de la vida del paciente, respetando los principios consagrados en la declaración de los Derechos

Humanos. Básicamente en este código encontramos las responsabilidades que tiene el médico frente al paciente.

Código penal

En este código encontramos aquellas normas punitivas de un Estado, básicamente dentro de este cuerpo legal encontramos lo que está prohibido en el Estado, todo lo que se encuentre en este código es delito, caso contrario no es delito.

El único artículo que podemos encontrar algo específico sobre los médicos es el 436, que habla sobre el suministro de medicamentos que pongan en riesgo la salud del paciente. En este caso encontramos una sanción de prisión de seis meses a un año. En caso de que se cause una enfermedad incurable, la prisión será de uno a tres años, y en caso de producir la muerte, la prisión será de tres a cinco años.

Sin embargo, en este cuerpo legal no encontramos una regulación para la mala práctica médica en sí, pero en caso de que se presente un delito de mala práctica médica que

haya producido la muerte en el paciente, se aplica el art. 459 que habla sobre el homicidio inintencional, que se presenta cuando el mal causado ha sido el resultado de la falta de previsión o de precaución de la persona, es decir, la muerte se dio sin la intención de atentar contra otro. O en el caso de lesiones, se tomará en cuanto los artículos que hablan sobre lesiones, que se encuentran en el Capítulo II del Título VI de los Delitos contra las Personas, las cuales atañen a nuestro estudio, ya que se busca profundizar mas en la tipificación de las mismas.

2.2.DERECHO COMPARADO

Legislación Chilena

El delito de lesiones se encuentra regulado en la legislación chilena en el

Código Penal en los artículos 395 a 403 bis. Pese a que la ley se refiere a este delito como lesiones corporales, la doctrina está conteste que éste incluye el concepto restringido de integridad corporal como bien protegido, pero también el más amplio, referido a la salud desde un punto de vista fisiológico, y también al equilibrio de las funciones síquicas.

El artículo 395 del Código Penal define el delito de lesiones como la acción en que se hiere, golpea o maltrata de obra a otra persona, aumentando la penalidad asignada al delito de acuerdo a las consecuencias que se derivan de éste.

Para entender la estructura legal que el legislador entrega a este delito, doctrinariamente se ha clasificado de la siguiente manera:

Lesiones menos graves

Están descritas por el legislador como la acción de herir, golpear o maltratar de obra a otro. En la práctica, los jueces califican a una lesión de menos grave cuando no produce las consecuencias descritas anteriormente y, sobre todo, no produce incapacidad para trabajar por más de treinta días.

Lesiones graves

Están comprendidas en la figura delictiva descrita en los artículos 397 y 398 del Código Penal, y definidas por los verbos rectores herir, golpear o

Maltratar de obra a otro, si resultan de ello ciertas consecuencias que no se presentan en la figura genérica. Las lesiones graves admiten una

Sub clasificación:

- Lesiones gravísimas: cuando a consecuencia de las lesiones se deja a la víctima demente, inútil para el trabajo, impedido de miembro importante o deforme. Además, se clasifican también como lesiones gravísimas las figuras descritas en los artículos 395 y 396, es decir, las mutilaciones o castraciones.
- Lesiones simplemente graves: cuando a consecuencia de ellas se produce una enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días. Esta figura suele aplicarse de manera subsidiaria a la de lesiones gravísimas, cuando no se ha podido determinar la naturaleza de éstas o no se cumplen los requisitos para configurarlas.

Es necesario resaltar que existen dos agravantes especiales vinculadas con las lesiones simplemente graves por las que la pena se aumenta en un grado. La primera alude a las lesiones

graves que se provoquen a alguna de las personas respecto de las cuales se puede cometer parricidio, es decir, padre, madre, hijo, cualquier otro ascendiente o descendiente legítimo, cónyuge, y la segunda agravante se refiere a el que comete delito por premio o promesa remuneratoria.

Lesiones leves:

Son aquellas que a concepto del tribunal no están incluidas en las clasificaciones anteriores. Es importante resaltar que en la práctica judicial, cuando la lesión no produce enfermedad o incapacidad para el trabajo, se incluye en esta categoría.

Lesiones en riñas o peleas

Un tratamiento especial reciben en la legislación penal las lesiones que se producen en una riña o pelea. La intención del legislador no fue construir un tipo penal diferente, sino establecer una regla procesal para aquellos casos en que se desconoce al autor del delito.

DERECHO ANGLOSAJON

Al igual que en otros países, el delito de lesiones es clasificado dentro de la categoría de delitos violentos. Para ser considerado dentro de esta clase de delitos debe tratarse de las denominadas lesiones graves (aggravate assaults). Además de esta clase de lesiones, existen otras calificadas como leves que no son incluidas en esta clasificación. Se define como cualquier ataque ilegítimo contra una persona con la intención de infringirle lesiones severas o graves, generalmente corporales, y por medio del uso de armas. La Oficina Federal de Investigación (FBI) define también el intento de causar lesiones como un delito aunque de éste no se derive daño efectivo sobre la persona

LEGISLACIÓN ARGENTINA, MEXICO Y VENEZUELA

El Código Penal argentino considera que se configura el delito de lesiones ante cualquier daño ocasionado en el cuerpo y en la salud, siempre que otra norma penal no lo contemple (art. 89, del Libro Segundo: “De los delitos”, Título I: “Delitos contra las personas”, capítulo II: “Lesiones”).

Los medios empleados para provocar la lesión son indiferentes, aunque se los considera para agravar las penas. Incluso pueden ocasionarse por omisión. La pena es la de prisión entre un mes y un año, en el caso de no darse los agravantes previstos en los artículos siguientes. Al caso contemplado en el artículo 89 se lo denomina lesiones leves. La auto-lesión no es punible.

Entre los artículos 90 y 92 se fijan las circunstancias agravantes. El artículo 90, contempla las llamadas lesiones graves, aumentando la pena a reclusión o prisión de uno a seis años, cuando la lesión ocasionare un deterioro en la salud de carácter permanente, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si la vida de la víctima hubiera corrido peligro, sufriera impedimento laboral mayor a 30 días o su cara apareciera con deformación no transitoria.

El artículo 91, nombra consecuencias aún más graves (lesiones gravísimas) como producto del delito de lesiones, a las que les establece reclusión o prisión de tres a diez años: cuando las lesiones fueran presuntamente incurables, si la incapacidad laboral fuera permanente, o si todas las

incapacidades del artículo anterior fueran irreversibles o le ocasionaran a la víctima la imposibilidad de concebir.

El artículo 92 se refiere a las circunstancias agravantes del homicidio, que de concurrir, aumentan las penas de cada uno de los artículos anteriores.

El artículo 93 contempla las lesiones provocadas mediando emoción violenta, que reduce las penas anteriormente expuestas.

El artículo 94 trata de las lesiones culposas, previéndose la pena de prisión de treinta días a tres años, o multa e inhabilitación especial por uno a cuatro años.

Los casos contemplados como lesiones leves dolosas, incluso si median agravantes, y las lesiones culposas, son dependientes de instancia privada, o sea que el Juez no puede actuar de oficio, salvo por razones de orden público. El resto son de acción pública.

El **Código Penal Federal de México** en su artículo 288 explica que por lesión debe entenderse no solo las heridas, escoriaciones, golpes, quemaduras, quebraduras, dislocaciones, sino cualquier otra modificación en la salud u otro daño cualquiera, siempre que ocasionados por una circunstancia exterior, dejen en el cuerpo de la víctima alguna huella material. También contempla situaciones agravantes y atenuantes, de acuerdo a la gravedad de las lesiones.

El artículo 415 del **Código Penal venezolano** comienza diciendo “El que sin intentar matar” excluyendo de este modo del delito de lesiones lo que cae bajo la órbita de la tentativa de homicidio, lo que también sucede en Argentina y México.

En Argentina la tentativa de homicidio se excluye del artículo 89, cuando éste expresa “siempre que no esté contemplado en otra disposición”.

Siguiendo con el Código de Venezuela continúa diciendo que para configurar el delito de lesiones, sí debe haber intención de ocasionar daño, y que éste haya producido a otro, ya sea alguna dolencia física, o deterioro a la salud o una perturbación en su intelecto. La pena a aplicar es la de prisión de tres a doce meses.

2.3.PLANTEAMIENTO DE LA HIPOTESIS

La lesiones ocasionadas por la mala práctica médica o mala previsión por parte de estos, es un problema que a falta de una tipificación en el Código penal a dejado mucha impunidad, pues en la actualidad se considera de acuerdo a la magnitud y a las consecuencias que genera se encasilla dentro de las lesiones o en el caso de muerte de los pacientes como homicidio, por lo que se considera importante que se incluya dentro del delito de lesiones un inciso que haga referencia a la negligencia médica que produce mutilación o pérdida de órganos en los pacientes, y en el cual se establezca una pena más severa que la que hoy se tipifica en el artículo 472 del Código penal .

2.1.1 HIPÓTESIS GENERAL

- Con una correcta reforma al código penal se pretende que se tipifique la negligencia médica que ocasione lesiones o incapacidad, en el código penal ecuatoriano, como delito de lesiones.

2.1.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- Aplicando una adecuada tipificación al delito de negligencia médica, se respetara el principio constitucional de seguridad jurídica.

- Con la aplicación de una sanción adecuada a la negligencia médica, se evitara que los médicos cometan este tipo de errores.

- Aplicando la sanción más severa en la negligencia médica se coadyuvara a que prevalezca la seguridad jurídica.

2.4. OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES

Variable Independiente: negligencia medica

CONCEPTUALIZACION	CATEGORIAS	INDICADORES	ITEMS	TECNICA E INSTRUMENTO
Un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico y otro profesional, causándole daño a la salud o al buen estado del paciente.	Médico cirujano	Lesiones físicas	<p>1.- ¿Conoce usted que es la negligencia médica?</p> <p>a) Si</p> <p>b) No</p> <p>2.- ¿Sabe usted como se identifica la negligencia médica?</p> <p>a) Si</p> <p>b) No</p>	<p>Encuesta</p> <p>Dirigido a:</p> <p>Abogados en libre ejercicio</p> <p>Jueces de garantías penales</p> <p>Catedráticos</p> <p>Fiscales.</p>
	Medicina general	Lesiones psicológicas	<p>3.- ¿Ha conocido un caso de negligencia médica?</p> <p>a) Si</p> <p>b) No</p> <p>4.- ¿Sabe usted si la negligencia médica es un tipo penal?</p> <p>a) Si</p> <p>b) No</p>	

Variable Dependiente: Delito de lesiones

CONCEPTUALIZACION	CATEGORIAS	INDICADORES	ITEMS	TECNICA E INSTRUMENTO
<p>Aplicando una adecuada tipificación al delito de negligencia médica, se respetara el principio constitucional de seguridad jurídica.</p> <p>- Con la aplicación de una sanción adecuada a la negligencia médica, se evitara que los médicos cometan este tipo de errores.</p> <p>- Con una sanción más severa en la negligencia médica se coadyuvara a que prevalezca la seguridad jurídica.</p>	<p>Infracción</p> <p>Prisión</p> <p>Multa</p>	<p>Delitos</p> <p>Contravenciones</p> <p>Ocho días</p> <p>Tres meses</p> <p>Indemnización</p>	<p>1.- ¿Cree usted conveniente que la negligencia médica sea considerada delito de lesiones? a) Si b) No</p> <p>2.- ¿Sabe usted que es el delito de lesiones? a) Si b) No</p> <p>3.- ¿Sabe usted cual es la sanción aplicable al delito de lesiones? a) si b) No</p> <p>4.- ¿Cree usted que considerando a la negligencia medica como delito de lesiones disminuya los daños ocasionados a terceros? a) Si b) No</p>	<p>Encuesta</p> <p>Dirigido a:</p> <p>Abogados en libre ejercicio</p> <p>Jueces de garantías penales</p> <p>Catedráticos.</p> <p>Fiscales.</p>

2.5.DEFINICION DE TERMINOS USADOS

RESPONSABILIDAD PENAL.- Es la obligación de estar a las consecuencias jurídicas, predeterminadas por ley formal con carácter de orgánica, que el Ordenamiento señala como consecuencia de la realización de un hecho, comisivo u o misivo, que reviste los caracteres de punible.

DELITO.- Crimen y delito son términos equivalentes. Su diferencia radica en que delito es genérico y por crimen se entiende un delito más grave o específicamente un delito ofensivo en contra de las personas. Tanto el delito como el crimen son categorías presentadas habitualmente como universales, sin embargo los delitos y los crímenes son definidos por los distintos gobiernos que aplican su criterio en un territorio o en un intervalo de tiempo.

JUSTICIA. Supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo según el pensamiento y así las palabras de Justiniano. (Locución Latina) Conjunto de todas las virtudes. Recto proceder conforme a derecho y razón. Equidad. Poder judicial. Tribunal, magistrado o juez que administra justicia; es decir, que resuelve litigios entre partes o falla acerca de la culpa o inocencia de un acusado.

INFRACCIÓN.- Es el quebrantamiento de una ley, tratado o norma. Toda persona es responsable de las infracciones cometidas siendo sujeto de pena o resarcimiento de daños y perjuicios.

IMPUNIDAD.- Estado por el cual queda un delito o falta sin el castigo o pena que por la ley le corresponde.

GARANTIAS.- Asignamiento del cumplimiento de una obligación mediante la limitación de dominio de una cosa o de compromiso de pago por parte de un tercero.

CONTENCIOSO.- Litigioso, contradictorio. El juicio seguido ante juez competente sobre derechos o cosas que disputan entre si varios partes contrarios.

CONDENA.- Testimonio que de la sentencia condenatoria da el escribano del juzgado, para indicar el destino del reo. En derecho penal clase y extensión de una pena. (DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL DE GUILLERMO CABANELLAS, PAG.82)

PENA.- Sanción, previamente establecida por la ley, para quien comete un delito, falta, también especificado. (DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL GUILLERMO CABANELLAS, PÁG.300)

TIPO PENAL.- Conjunto de elementos, definidos por la ley constitutivos de un delito. (DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL DE GUILLERMO CABANELLAS, PAG.385)

LEY PENAL.- Única fuente capaz de crear delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad, ha de reunir los requisitos materiales y formales exigibles a toda ley. (DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, PAG. 905)

PROCESAMIENTO.- Es el acto del juez instructor por el que se dirige a una persona una imputación formal de la comisión de un

hecho de apariencia delictiva “. DICCIONARIO JURIDICO ESPASA CALPE”.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES.- Conjunto de declaraciones, medios y recursos en que los textos constitucionales aseguran al individuo o ciudadano el disfrute y ejercicio de los derechos públicos, privados y fundamentales que e le reconocen. “EL DEBIDO PROCESO, DR. JORGE ZAVALA BAQUERIZO.”

DAÑOS Y PERJUICIOS.- Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio, la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el/la herido/a por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo.

LESIONES.- Consiste en el daño injusto causado en la integridad física o en la salud de una persona

NEGLIGENCIA MÉDICA.- Un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico y otro profesional, causándole daño a la salud o al buen estado del paciente.

CAPITULO III

METODOLOGIA

3.1 METODOLOGIA EMPLEADA

3.1.1 METODO CIENTIFICO

El método científico es un proceso destinado a explicar fenómenos, establecer relaciones entre los hechos y enunciar leyes que expliquen los fenómenos físicos del mundo y permitan obtener, con estos conocimientos, aplicaciones útiles al hombre.

3.1.2 METODO INDUCTIVO DEDUCTIVO

Método inductivo.- Este método es aquel en que partiendo de las observaciones de los fenómenos o hechos jurídicos, elabora los principios que rigen o deben regir una institución. Se van a recoger elementos que permitan consolidar el problema expuesto en este trabajo investigativo, precisamente para ello utilizamos este método que resulta ser de suma importancia a la hora de determinar de qué forma la negligencia médica no esté considerada como delito de lesiones.

Método Deductivo.- Es el fundado en los principios admitidos generalmente como ciertos o establecidos previamente cual verdaderos, ya por su evidencia, ya por su demostración lógica. Se empleó para una mejor concepción del problema propuesto, esto es como explicar los efectos produce que la negligencia médica no esté considerada como delito de lesiones.

3.2.3 METODO DESCRIPTIVO

Método descriptivos.- Ya que explica las características del objeto de estudio, que permite analizar en detalle el proceso de enseñanza, aprendizaje y exploración, siendo de este modo nos hemos basado en un método descriptivo, para realizar una explicación de cómo afecta la que la negligencia médica no esté considerada como delito de lesiones.

3.2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación constituye el plan general del investigador para obtener respuestas a sus interrogantes o comprobar la hipótesis de investigación. El diseño de investigación desglosa las estrategias básicas que el investigador adopta para generar información exacta e interpretable. Los diseños son estrategias con las que intentamos obtener respuestas a preguntas.

3.2.1 MODALIDAD BASICA DE LA INVESTIGACION

Esta investigación es cualitativa y cuantitativa, la primera está encaminada a lo que significan los procesos jurídicos sociales, en el caso de este trabajo al aspecto jurídico referente a la pena del delito de negligencia médica, en tanto que la cuantitativa tiene que ver con los datos estadísticos, los cuales en general se referirán a las encuestas que se emplearán como una técnica.

3.3. NIVEL O TIPO DE INVESTIGACIÓN

Este tipo de investigación será realizado en base a las siguientes:

Investigación Bibliográfica.- Es la que se realiza en base a libros que nos facilitan la información que requiere en esta investigación.

Investigación de Campo.- Este tipo de investigación se tomara contacto directo con la realidad, y así obtener la información de acuerdo a los objetivos planteados.

Investigación Documental.- La investigación documental es aquella que se realiza a través de la consulta de documentos (libros, revistas, periódicos, memorias, anuarios, registros, códigos, constituciones, etc.)

3.3 POBLACION Y MUESTRA

3.3.1 POBLACION

La población encuestada serán profesionales del derecho de la ciudad de Babahoyo puesto que estos pueden aportar con información acorde a las preguntas que se reflejaran en la encuesta, que serán en número de ciento cuatro.

La población y muestra de la investigación será basada en el número de ciento cuatro personas entendidas en la materia.

FISCALES	7
ABOGADOS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL	30
JUECES DE GARANTÍAS PENALES	14
CATEDRATICOS	53
TOTAL	10

3.4.2 MUESTRA

Para calcular los beneficios que proporciona la adecuada aplicación del tipo penal en los delitos de negligencia médica se aplicará la siguiente fórmula.

$$n = \frac{N \times PQ}{(N-1) \frac{E^2}{K^2} + PQ}$$

$$n = \frac{104 \times 0,25}{(104-1) \frac{(0,06)^2}{22} + 0,25}$$

$$n = \frac{26}{4}$$

$$0,0927 + 0,25$$

$$n = \frac{26}{0,3427}$$

$$n = 75$$

$$n = 75$$

3.4 TECNICAS E INSTRUMENTOS

3.4.1 TECNICAS

Es un proceso de estudio sistemático, controlado, empírico y crítico, de proposiciones hipotéticas sobre las presumidas relaciones entre diversos fenómenos.

3.4.1.1 INSTRUMENTOS

CUESTIONARIOS.- En la realización y esquematización de temas y subtemas de gran importancia en la realización de la presente investigación en cuanto a la negligencia médica no esté considerada como delito de lesiones.

GUIA DE ENTREVISTA.- Con las cuales obtuve información de parte de los funcionarios de la función judicial, catedráticos, y abogados en el libre ejercicio.

FICHAS DE OBSERVACION.- Para recoger los datos obtenidos en el campo de la investigación.

3.4.2 ENTREVISTAS

La entrevista, es la comunicación interpersonal establecida entre el investigador y el sujeto de estudio a fin de obtener respuestas verbales a los interrogantes planteados sobre el problema propuesto. Se considera que este método es más eficaz que el cuestionario, ya que permite obtener una información más completa. A través de ella el investigador puede explicar el propósito del estudio y especificar claramente la información que necesite; si hay interpretación errónea de las preguntas permite aclararla, asegurando una mejor respuesta.

Se podrá definir que la entrevista consiste en obtención de información oral de parte de una persona (entrevistado) lograda por el entrevistador directamente, en una situación de cara a cara, a veces la información no se transmite en un solo sentido, sino en ambos, por lo tanto una entrevista es una conversación entre el investigador y una persona que responde a preguntas orientadas a obtener información exigida por los objetivos específicos de un estudio.

Para que la entrevista tenga éxito, debe cumplir con las siguientes condiciones:

- La persona que responda debe tener la información requerida para que pueda contestar la pregunta.

- La persona entrevistada debe tener alguna motivación para responder, esta motivación comprende su disposición para dar las respuestas solicitadas como para ofrecerlas de una manera verdadera.

Como técnica de recolección de datos la entrevista tiene muchas ventajas;

Es aplicable a toda persona, siendo útil con los analfabetos, los niños o aquellas personas que tienen alguna limitación física u orgánica que le dificulte proporcionar respuestas escritas.

Con esta técnica se obtiene datos precisos a través de las personas entendidas en la materia del trabajo de investigación

La entrevista se la hizo a un grupo determinado de personas, (pacientes), en el hospital Martín Icaza de la ciudad de Babahoyo. Por considerar que pueden estar propensos en un determinado momento a sufrir las consecuencias de una negligencia médica.

Desarrollo de la entrevista:

- **Soy estudiante de Jurisprudencia de la Universidad Técnica de Babahoyo, estoy realizando mi monografía, cuyo tema trata sobre la negligencia médica. proponiendo sanciones más severas para los profesionales que cometan esta contravención grave, para lo cual se requiere la reforma al capítulo dos de las lesiones en su artículo N° 472. Del código penal ecuatoriano.**

- **Conoce usted que es la negligencia médica?**

- **Sabe usted si está tipificada en el código penal?**

- **Tiene conocimiento cuales son las sanciones que se aplican en la actualidad?**

- **Conoce algún caso de negligencia o mala práctica médica?**

- **Considera que debe ser sancionado con más severidad esta contravención?**

- **Está de acuerdo con la reforma que se está proponiendo?**

Considerando que la mayor parte de las personas que se entrevisto, conoce lo que es la negligencia médica pero tiene poco conocimiento sobre si está tipificada, y las sanciones que rigen en la actualidad. Y que todos, están de acuerdo, en que deben haber sanciones más severas, para los profesionales de la salud, que no actúen con responsabilidad. Se puede deducir que un alto

porcentaje de la población está de acuerdo con lo que se está proponiendo.

3.4.2 ENCUESTA

Es una técnica de investigación que consiste en una interrogación verbal o escrita que se les realiza a las personas.

Con el fin de obtener determinada información necesaria para una investigación.

La utilizamos para obtener datos estadísticos de los diferentes aspectos a estudiarse

3.5 RECOLECCION DE LA INFORMACION

La investigación ha atravesado una serie de procesos como lo son la recopilación de la información inherente a la negligencia, cuando causa daño físico o psicológico en las personas.

La encuesta puesta en aplicación a Catedráticos, Fiscales, Jueces de Garantías Penales, y Abogados en el libre ejercicio, nos ha permitido que de acuerdo a sus respuestas se pueda validar la propuesta de la tesis, ya que sus respuestas han sido positivas, en cuanto a la propuesta.

CAPITULO IV
ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS.

4.1 ANALISIS DE RESULTADOS

Encuestas dirigidas a fiscales.

1.- Conoce usted que es la negligencia médica

SI	NO
7	0
100%	0%



Análisis

De la encuesta realizada el 100% conoce de que se trata la negligencia médica, pues, es un tema por el cual muchas familias han tenido que pasar y es muy común escuchar al respecto.

2.- Sabe usted como se identifica la negligencia médica.

SI	NO
6	1
86%	14%



Análisis

El 86% de la población encuesta conoce como se identifica la negligencia médica, ya que en la mayoría de los casos las personas sufren consecuencias irreversibles aquellos pacientes que han sido víctimas de una mala práctica, y es muy común que el médico en ninguno de los casos tome responsabilidad alguna.

3.- Ha conocido un caso de negligencia médica.

SI	NO
7	0
100%	0%



Análisis

En un 100% los encuestados han dado una respuesta positiva a la incógnita, ya que es común este tipo de situaciones en las diferentes ciudades del país y más cuando no hay una adecuada tipificación en el Código penal para esta falta por parte de los médicos

4.- Sabe usted si la negligencia médica es un tipo penal

SI	NO
7	0
100%	0%



Análisis

El 100% de la población encuestada, conoce que la negligencia médica no se encuentra tipificada en el Código penal ecuatoriano, por lo que se cree recomendable la tipificación de la misma.

Encuestas dirigidas a Jueces de garantías penales.

1. Cree usted conveniente que la negligencia médica que ocasione incapacidad o lesiones graves sea considerada delito de lesiones.

SI	NO
12	2
86%	14%



Análisis

De la población encuestada un 86 % considera pertinente que se aplique la negligencia médica como un delito tipificado dentro de las lesiones, frente a un 12 % que no lo considera pertinente.

2. Sabe usted que es el delito de lesiones.

SI	NO
14	0
100%	0%



Análisis

Del 100% de la población de jueces de garantía penal que fueron encuestados, conocen que es el delito de lesiones, su tipificación y sus tipos penales

3. Sabe usted cual es la sanción aplicable al delito de lesiones.

SI	NO
14	0
100%	0%



Análisis

La población encuestada sabe en un 100% cuales son las penas a aplicarse en el caso de existir un delito de lesiones, penas que en la actualidad deberían ser reformadas, de acuerdo a la magnitud y de cómo se originan las lesiones

4. Cree usted que considerando a la negligencia médica que ocasione lesiones o incapacidad como delito de lesiones disminuya los daños ocasionados a terceros.

SI	NO
14	0
100%	0%



Análisis

Del total de encuestados, todos han dado una respuesta positiva a la pregunta, ya que al aplicarse un sanción más severa al existir una lesión por causa de negligencia médica si se lograría disminuir el cometimiento de esta falta , que aunque en la mayoría de los casos es de tipo culposa , genera graves consecuencias en los pacientes.

Encuestas dirigidas a catedráticos.

1.- Conoce usted que es la negligencia médica.

SI	NO
40	13
75%	25%



Análisis

El 75 % de la población conoce que es la negligencia médica, frente a un 25 % que indica desconocer del tema , lo que nos da una pauta de que los catedráticos conocen plenamente lo que daría las tres cuartas partes de los encuestados.

2.- ¿Cree usted que las responsabilidades generadas por el ejercicio de la práctica médica deben ser civiles, administrativas y penales según sea el caso?

SI	NO
45	8
85%	15%



Análisis

El 85% de los encuestados considera que la legislación no regula adecuadamente los parámetros relativos a la práctica médica, esto en contraposición al 15% que está de acuerdo con la normativa actual. Con estos resultados podemos apreciar que más de dos tercios de los encuestados creen que la práctica médica, sea dolosa o imprudente, no se encuentra regulada, dejando vacíos legales y creando un gran problema al momento en que se tenga que resolver un caso de estos.

3.- Ha conocido un caso de negligencia médica.

SI	NO
53	0
100%	0%



Análisis

El 53 % de los encuestados ha conocido casos de negligencia médica, frente a un 47 % que desconoce del tema, pues este tema es en algunos de los casos algo que no sale más allá de los familiares, pues al no existir los adecuados tipos penales, no se hace nada por denunciarlo.

4.- ¿Considera usted que las responsabilidades generadas de la práctica médica se encuentran reguladas adecuadamente en la legislación ecuatoriana?

SI	NO
53	0
100%	0%



Análisis

El 100% de los encuestados considera que la legislación no regula adecuadamente los parámetros relativos a la práctica médica, Con estos resultados podemos apreciar que los encuestados creen que la práctica médica, sea dolosa o imprudente, no se encuentra regulada, dejando vacíos legales y creando un gran problema al momento en que se tenga que resolver un caso de estos.

Encuestas dirigidas a abogados en el libre ejercicio.

1. Cree usted conveniente que la negligencia médica que provoque lesiones o incapacidad, sea considerada delito de lesiones.

SI	NO
25	5
83%	17%



Análisis

El 83 % de la población opina que debe tipificarse la mala práctica médica que ocasiona lesiones o incapacidad, dentro de los delitos de lesiones, con una pena más severa de aquellas que establece actualmente el código penal.

2. ¿Considera usted que las responsabilidades generadas de la práctica médica no se encuentran reguladas adecuadamente en la legislación ecuatoriana?.

SI	NO
30	0
100%	0%



Análisis

El 100 % de la población opina que no existe una adecuada regulación para la mala práctica médica, por lo debería implementarse proyectos de ley que busquen un mejor tratamiento a este tema.

3. ¿Estima necesaria la implementación de un marco legal que regule la práctica médica y sancione el cometimiento de errores, sean estos de carácter culposos o dolosos?

SI	NO
30	0
100%	0%



Análisis

El 100% manifiesta que se requiere de un marco jurídico que regule y sancione la práctica médica, Podemos observar que el total de los encuestados creen que es necesaria la implementación de un marco legal en donde se encuentra tipificada la mala práctica médica.

4. ¿Cree usted que el Estado debe tener responsabilidad solidaria respecto de la práctica médica que genere daños a terceros?

SI	NO
30	0
100%	0%



Análisis

De la población de encuestados el 100% opina que el estado si debe tener responsabilidad solidaria ante la mala práctica médica, ya que en la mayoría de los casos estos quedan en la impunidad.

4.3 VERIFICACION DE LA HIPOTESIS

De acuerdo al análisis y verificación de los resultados obtenidos se puede colegir que la hipótesis planteada se cumple, pues en la mayoría de las respuestas a los encuestados encontramos que están de acuerdo con que haya una reforma del artículo en mención y que se aplique las leyes penales de forma adecuada a la realidad ,pues se trata de proteger un principio constitucional como lo es la protección de la salud, ya que al aplicarse una tipificación clara y precisa para la mala práctica medica que ocasione lesiones o incapacidad se contaría con una disminución de este tipo de daño que perjudica a los ciudadanos del Ecuador.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

La mala práctica médica se la puede definir como toda acción médica que es errada de acuerdo a la opinión que emiten los expertos médicos, dejando a un lado la opinión del paciente o de sus allegados. Estamos ante mala praxis médica al momento en que la actuación del facultativo médico es inadecuada, es decir, el médico no se ajusta a los criterios de la *Lex Artis*

(La expresión *lex artis* –literalmente, “ley del arte”, ley artesanal o regla de la regla de actuación de la que se trate –se ha venido empleando de siempre, como afirma Martínez Calcerrada, para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse.

De forma que si la actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión. Suele aplicarse el principio de la *lex artis* a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto, la profesión médica, toda vez que la medicina es concebida como una ciencia experimental.)

La mala práctica médica implica una actuación con descuido, imprudencia, impropiedad, negligencia. Es decir que se debe castigar las actuaciones de los galenos al momento de que no haya cumplido con la *Lex Artis*.

El Ecuador es uno de los pocos países en donde la mala práctica médica no está sancionada de una forma independiente, es decir,

no encontramos normativa única sobre la práctica médica, llevando a resolver casos de manera muy superficial y de varias formas.

En este país podemos observar que la justicia, en el caso de mala práctica médica, no está claramente determinada, lo que demuestra que contradice a los avances del Derecho Penal, ya que el Derecho Penal se encarga de tipificar todo tipo de acto para que no se cree una falencia y vacío dentro de las normas.

En el Ecuador existe normativa que faculta al galeno a ejercer su profesión de manera responsable. La normativa que regula la profesión médica es la Ley Orgánica de la Salud, Ley de los Derechos y Amparo al Paciente, y el Código de Ética Médica, entre otras.

Sin embargo esta normativa se enfoca en que el profesional de la salud se mantenga dentro del margen para realizar un buen trabajo, más no para sancionarlo en caso de que tenga una conducta contraria. Así mismo, las sanciones que encontramos hacia los médicos, son sanciones administrativas, donde muchas veces también se actúa con “fraternidad profesional”.

Es importante la creación de una norma específica, pues pueden existir supuestos en donde encontremos una mala práctica producida con intención, como es el caso de que el médico se rehúsa a trabajar con otro médico por razones personales, dejando a un lado el cumplimiento de su deber que es la atención eficaz de la salud.

5.2 Recomendaciones

- Con la reforma al artículo 472 del Código Penal, que hace referencia a las lesiones se contará con una mayor protección a los derechos de las personas, sobre todo en lo que respecta al derecho a la salud y se lograra en cierto modo, que los profesionales de la salud tengan mayor precaución a la hora de tratar a sus pacientes
- Para que disminuyan los reclamos por mala práctica médica, es necesario que exista un sistema de prevención, que debe contener una mayor información que ayude a los pacientes, a tomar una decisión al momento en que ingrese al cuidado del médico.
- La Población en general corre el riesgo que en algún momento sea víctima de una negligencia médica, para lo cual debe ser orientada de una forma adecuada y el conocimiento necesario de lo que debe hacer en el caso de sufrir algún problema derivado de una mala práctica médica.
- Es importante que la historia clínica que llevan los médicos, esté realizada de una manera correcta, ya que con la misma puede respaldar su desempeño profesional, dejando a un lado la sospecha de que existió una mala práctica médica.
- La mala práctica médica, que provoque lesiones, incapacidad, mutilación de órganos o que causa la muerte en el paciente, se la debe considerar dentro de la Legislación Penal Ecuatoriana, ya sea por negligencia, imprudencia o impericia de los profesionales.

- Los casos que se han dado por una mala práctica médica deben ser analizados, para así impulsar las reformas al Código Penal que tipifiquen esta contravención, además para que los médicos conozcan que su manera de obrar, cuando no se lo haga de una manera responsable y profesional, pueden ser sancionadas severamente.

- El conocimiento por parte de los profesionales de la salud de que existan reglas claras, para juzgar una acción médica negligente, ayudara a que estos tomen su trabajo con mayor responsabilidad tomando en cuenta que está bajo su cuidado la vida y la salud de las personas, y a su vez permitirá que la población en general recupere la confianza en recibir una adecuada atención médica.

- Tanto Jueces, Fiscales, profesionales del derecho y ciudadanía en general, de la ciudad de Babahoyo, están de acuerdo con que haya una reforma del artículo en mención y que se aplique las leyes penales de forma adecuada a la realidad, pues se trata de proteger un principio constitucional como lo es la protección de la salud, Ya que al aplicarse una tipificación clara y precisa para la mala práctica médica que ocasione lesiones o incapacidad
Se contaría con una disminución de este tipo de daño que perjudica a los ciudadanos del Ecuador.

CAPITULO VI PROPUESTA JURIDICA

6.1 TITULO DE LA PROPUESTA

Reforma al capítulo II de las lesiones en el artículo 472 del código penal ecuatoriano.

6.2 DESCRIPCION DE LA PROPUESTA

El texto del artículo 472 del código penal, el cual será objeto de reforma dice lo siguiente:

Art. 472.- Es reo de heridas o lesiones intencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más severamente castigado.

REFORMA

Art. 472.- Es reo de heridas o lesiones intencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más severamente castigado.

Los profesionales de la salud que ocasionaren lesiones o incapacidad en las circunstancias descritas en el inciso anterior, serán reprimidos con prisión de 1 a 3 años.

6.3. OBJETIVOS

6.3.1 OBJETIVO GENERAL

Elaborar los componentes para la reforma al artículo 472 del código penal con el fin de que la negligencia médica que ocasione lesiones o incapacidad este tipificado dentro del capítulo de las lesiones.

6.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar el texto del artículo 472 del Código Penal que se refiere a lesiones inintencional.
- Determinar el beneficio que implica que la negligencia médica que ocasiona lesiones o incapacidad sea penalizado con más severidad.
- Agregar un inciso al artículo 472 del código penal en que establezca la negligencia médica como delito de lesiones.

6.4 JUSTIFICACIÓN

En la presente investigación se analiza los efectos legales y psicológicos que se producen cuando se determina la existencia de una negligencia médica siendo esta, el daño que se ocasiona a la integridad física de una persona, ya sea por provocar lesiones, incapacidad, mutilación de algún órgano o miembro.

Y en ocasiones hasta la muerte de un paciente por parte de un profesional de la medicina, la cual se suscita por falta de previsión, responsabilidad o incapacidad.

En los actuales momentos estos hechos se producen a diario causando el perjuicio a personas que siendo pacientes de un medico buscan solución a un problema, pero que lamentablemente en ciertas ocasiones buscar la salud se torna en una verdadera pesadilla.

Se justifica la presente propuesta ya que incorporando a la negligencia médica, en el código penal dentro del capítulo II de las lesiones en su artículo 472, los profesionales de la medicina, harán conciencia al momento de tratar u operar a un paciente, por lo tanto se estaría velando por la salud y la integridad física de las personas.

6.5 FUNDAMENTACION.

La investigación se fundamenta en que en la actualidad en la ciudad de Babahoyo se ventila un caso en el que una madre de familia fue víctima de una cirugía en la que perdió un órgano de su cuerpo, y posteriormente la vida, y dadas esas circunstancias el profesional de la medicina que causó aquel daño no respondió de ninguna forma por el mal causado. Cirugías estéticas mal realizadas que provocan deformidad física dejando secuelas y daños secundarios que en ocasiones duran toda la vida y en otras ocasiones terminan con la misma. De entre estos, muchos casos más que quedan en la impunidad.

Por tanto, al aplicarse una sanción acorde al daño causado, esto es al considerarse que la negligencia médica es una contravención muy grave, se precautelaré velar por la integridad física de las personas.

6.6 IMPORTANCIA

La importancia de esta propuesta radica en la necesidad de reformar el contenido del artículo 472 del código penal que hace

referencia a la lesiones, ya que si bien es cierto que la Constitución protege el derecho a la salud, no encontramos sanciones concretas en situaciones en donde exista una mala práctica médica negligente. Más aun al tratarse de daños ocasionados a un órgano humano. Al no haber una legislación específica, no hay un criterio uniforme, por lo tanto no existe un tipo de guía para que los tribunales sepan cómo actuar ante una caso de mala práctica médica

6.7 UBICACIÓN CONTEXTUAL

La ubicación contextual de este trabajo investigativo se encuentra encaminado al código penal, pero que por efectos de estudio será aplicable en la ciudad de Babahoyo provincia de Los Ríos.

6.8 FACTIBILIDAD

La factibilidad radica en que reformando el artículo 472 del Código Penal, que hace referencia a las lesiones se contará con una real protección a los derechos a la salud de las personas, y se lograra en cierto modo, que los profesionales de la salud actúen con absoluta responsabilidad y mayor precaución a la hora de tratar a sus pacientes.

6.9 EVALUACION

Con el resultado de la encuesta aplicada a profesionales del derecho los cuales se desempeñan en diferentes ramas en el ámbito jurídico, se ha logrado establecer la necesidad de implementar la reforma planteada en líneas anteriores.

6.10 SELECCIÓN DE RECURSOS DE APOYO

RECURSOS HUMANOS.

Autor de tesis

Lector de la tesis

Asesor de tesis

Jueces de lo penal del cantón Babahoyo

Fiscales

Profesionales del derecho

Personas encuestadas

Encuestador

RECURSOS MATERIALES.

Libros, internet, diccionarios, folletos, registros oficiales

Computadora

Impresora

Pen drive

Calculadora

Grabadora portátil

Materiales de escritorio

Papel inen de 75 g.

Fotocopias

Transporte

anexos

ACTIVIDADES	2012																		
	Noviembre			Diciembre				Enero				Febrero				Marzo			
SEMANA	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Formulación del Problema	X	X																	
Planteamiento del Problema			X	X	X														
Formulación de Objetivos						X													
Marco teórico de la Investigación							X	X	X										
Hipótesis										X									
Variables y Operacionalización											X								
Metodología, Nivel y Tipo												X							
Aplicación de Encuestas													X	X	X				
Análisis de Resultados																X			
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta																	X		
Revisión Final del Tutor																			
Sustentación Previa																			
Sustentación Final																			









BIBLIOGRAFIA

ALBAN, Gómez Ernesto (2011), Manual Práctico Legal Ecuatoriano, Editorial EDLE.

ANDRADE, Barrera Fernando, (2011), Leyes Penales Vocabulario Penal, Editorial AMBAR.

AVILA, Luis (2010), Prontuario de Resoluciones del Tribunal constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones.

ALTAVILLA, ENRICO. La Culpa, Cuarta Edición. Editorial Temis S.A., Colombia, 1999.

ARAYA JÁCOME, NATHALIE Y VALERIO MONGE, CARLO JOSÉ. Mecanismos de prevención de mala práctica médica: un enfoque basado en la experiencia costarricense. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal 7.

ARTEAGA, ALBERTO. Derecho Penal Venezolano, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, Caracas, 1998.

ARTEAGA, ALBERTO. La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible. Décima Octava Edición. Editorial Jurídica Alva, S. R. L. Caracas-Venezuela. 2005.

BLUM, Carcelén Jorge M. (2009), Comentarios a la Ley Reformatoria del código de Procedimiento Penal, Código Penal y código Orgánico de la Función judicial, Blum Creativo , Primera edición, Guayaquil – Ecuador.

BUSTOS, Ramírez Juan, (2008), Derecho Penal Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador.

BUSTOS, Ramírez Juan, (2008), Derecho Penal Tomo II, Editorial Jurídica del Ecuador.

BUSTOS, Ramírez Juan, (2008), Derecho Penal Tomo III, Editorial Jurídica del Ecuador.

CARVAJAL, flor Paul (2008), Manual Práctico de Derecho Penal, Librería Jurídica Astrea, Primera edición, Ambato – Ecuador.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Constitución de la República del Ecuador.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Ley Orgánica de la Función Judicial.

FERNADEZ Carrasquilla Juan, (2009), Derecho Penal Fundamental, Editorial TEMISA.SA

GUNTHER Jakobs, (2008), Nuevo concepto de Derecho Penal, Tomo I, Universidad Autónoma de Madrid

GUNTHER Jakobs, (2008), Nuevo concepto de Derecho Penal, Tomo II, Universidad Autónoma de Madrid

GUNTHER Jakobs, (2008), Nuevo concepto de Derecho Penal, Tomo III, Universidad Autónoma de Madrid

LABATUT, Glenda Gustavo, (2008), Derecho Penal, Tomo I, Editorial Jurídica CHILE

MAYORGA, Julio (2010), Doctrina Teórica Práctica en Materia Penal, Tomo I Editorial CARPOL

MAYORGA, Julio (2010), Doctrina Teórica Práctica en Materia Penal, Tomo II Editorial CARPOL

MAYORGA, Julio (2010), Doctrina Teórica Práctica en Materia Penal, Tomo VI Editorial CARPOL

MAYORGA, Julio (2010), Doctrina Teórica Práctica en Materia Penal, Tomo VII Editorial CARPOL

MERINO, Pérez Gonzalo (2009), Enciclopedia de Práctica Jurídica, Librería MAGNUS

OJEDA, M. Cristóbal (2011), Formato para iniciar acciones civiles y penales, Editorial Jurídica, Primera Edición, Guayaquil – Ecuador.

TORRES, Chávez Efraín (2009) Breves comentarios al código Penal, Tomo I , Universidad Técnica Particular de Loja

TORRES, Chávez Efraín (2009) Breves comentarios al código Penal, Tomo II , Universidad Técnica Particular de Loja

ORRES, Chávez Efraín (2009) Breves comentarios al código Penal, Tomo III , Universidad Técnica Particular de Loja

TORRES, Chávez Efraín (2010) Breves comentarios al código Penal, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones

VALENCIA, Adeodato (2010), Derecho Penal y el Poder Punitivo, Editorial Jurídica LYL, Primera edición, Guayaquil – Ecuador

VELÁSQUEZ, JULIO. Relación transaccional medio paciente. Tercer Taller del I Congreso de la Sociedad Andaluza de Medicina Psicosomática. 14 de mayo de 1999.

VILLALBA LOMBANA, JAIME. *Derecho penal y responsabilidad médica*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín-Colombia. 2007.

ZAFARONI, Eugenio Raúl, (2006), Manual de Derecho Penal, EDIAR