

# 79

Fecha de presentación: marzo, 2023

Fecha de aceptación: mayo, 2023

Fecha de publicación: julio, 2023

## RESPONSABILIDAD PENAL POR MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR

### CRIMINAL LIABILITY FOR MEDICAL MALPRACTICE IN ECUADOR

Francisco Obando Freire<sup>1</sup>

Email: [dr.obando.ius@gmail.com](mailto:dr.obando.ius@gmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7576-0069>

Silvana Obando Alcívar<sup>2</sup>

Email: [drasilvanaobando@gmail.com](mailto:drasilvanaobando@gmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-4582-1669>

<sup>1</sup>Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador.

<sup>2</sup>Hospital General Guasmo Sur, Ecuador.

#### Cita sugerida (APA, séptima edición)

Obando Freire, F. & Obando Alcívar, S. (2023). Responsabilidad penal por mala práctica médica en el Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 15(4), 781-785.

#### RESUMEN

Los progresos en Ciencia y Tecnología en el siglo XXI son incommensurables. Esto ha generado una sociedad de riesgo, en la cual las Ciencias Jurídicas y el Derecho Penal, en particular, intervienen de manera constante para regular los comportamientos que surgen en torno a las transformaciones sociales actuales. En este contexto, la gestión en salud se convierte en protagonista de cambios científicos, con la aplicación de novedosos métodos y procedimientos técnicos clínicos y quirúrgicos, que a su vez han llevado a modificar permanentemente los protocolos y guías de práctica clínica. Se analizan los presupuestos doctrinales sobre la responsabilidad penal por mala práctica médica en Ecuador. Se empleó una metodología de sistematización jurídico-doctrinal. Se analiza el derecho a la vida como bien jurídico protegido en el contexto de la sociedad del riesgo, y la forma en que impacta en el Derecho Penal. Se fundamentan los presupuestos doctrinales de la responsabilidad penal por mala práctica médica, y se realiza un análisis normativo a partir de la Constitución y del Código Orgánico Integral Penal. Como principales resultados se propone un *lex artis* preventivo para evitar la criminalización de la praxis médica, y de esta manera fortalecer el conocimiento del deber objetivo de cuidado, que parte de determinar la norma o exigencia de cuidado bajo la cual debió haber actuado un sujeto, tomando en consideración que el resultado lesivo de un bien jurídico, pudo haberse previsto y evitado.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal, mala praxis médica, deber objetivo de cuidado

#### ABSTRACT

Progress in Science and Technology in the 21st century is immeasurable. This has generated a risk society, in which the Legal Sciences and Criminal Law, in particular, intervene constantly to regulate the behaviors that arise around the current social transformations. In this context, health management has become the protagonist of scientific changes, with the application of new methods and clinical and surgical technical procedures, which in turn have led to the permanent modification of protocols and clinical practice guidelines. Doctrinal assumptions on criminal liability for medical malpractice in Ecuador are analyzed. A legal-doctrinal systematization methodology was used. The right to life is analyzed as a protected legal right in the context of the risk society, and the way in which it impacts on Criminal Law. The doctrinal assumptions of criminal liability for medical malpractice are founded, and a normative analysis is made from the Constitution and the Organic Integral Penal Code. As main results, a preventive *lex artis* is proposed to avoid the criminalization of medical practice, and thus strengthen the knowledge of the objective duty of care, which is based on determining the standard or requirement of care under which a subject should have acted, taking into consideration that the harmful result of a legal good could have been foreseen and avoided.

**Keywords:** Criminal responsibility, bad medical practice, duty objective of watch out

## INTRODUCCIÓN

En el Ecuador se inició un cambio transformador, especialmente en su estructura jurídica, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, la misma que implica un régimen garantista de derechos para todos sus ciudadanos (Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador de 2007-2008, 2008). Uno de estos derechos fundamentales es el derecho a la salud. Actualmente los servicios de salud no son del todo eficientes, y ha cobrado varias víctimas. Los supuestos principales autores de estos sucesos resultan ser los médicos, quienes en su mayoría se han visto en la circunstancia más difícil de su trayectoria profesional, la de quedar homicidas por intentar salvar la vida de otra persona.

La falta de una legislación más humanista y realista a favor de los profesionales que ejercen esta noble carrera en Ecuador, es más que evidente, y también constituye una de las principales causas para que el Sistema Nacional de Salud se vea privado mayormente de buenos profesionales ecuatorianos que estén dispuestos a brindar sus servicios en los ciudadanos que los necesitan.

Cabe destacar que tal circunstancia genera temor en los médicos. Con la entrada del nuevo Código Orgánico Integral Penal se intensificó esta preocupación (Asamblea Nacional, 2014). La interposición de la figura jurídica del homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificada en el artículo 146, definitivamente condena de manera drástica el ejercicio de esta profesión, e indirectamente lo criminaliza.

Este trabajo sintetiza los presupuestos doctrinales de la responsabilidad penal por mala práctica médica, analiza el contenido y alcance del deber objetivo de cuidado y propone un *lex artis* preventivo con criterios de previsibilidad, evitabilidad, cognoscibilidad y advertibilidad individuales (Corcoy, 2013). Específicamente, tiene el objetivo de analizar los presupuestos doctrinales sobre la responsabilidad penal por mala práctica médica en Ecuador.

## DESARROLLO

### La vida como bien jurídico protegido

La vida humana no es un mero hecho o modalidad de existencia natural, social o racional, porque ella también encierra un valor (Martínez, 2010). Todas las civilizaciones han estado más o menos de acuerdo en que la vida humana es un valor que forma parte de su ética de mínimo, pero difieren en cuanto al modo de respetar ese valor, de ahí que no sea igual en ellas, la actitud asumida ante la vida del hombre. En general, esta es estimada como un valor absoluto o un valor relativo, justificándose los juicios

valorativos objetivamente en el primer caso, y de forma subjetiva en el segundo. (Berti, 2015)

Al tomar parte en el debate actual no debemos olvidar que la estimación de la vida humana lleva en sí la posibilidad de la supervivencia, y en tal sentido es válida la aseveración de que la vida humana siempre será el primer valor que debe defenderse. Hay que considerar que el valor primordial es la dignidad y expresa el valor fundamental de la moralidad en el que se sostiene el respeto al ser humano. (Lecaros, 2016)

La protección del derecho a la vida es un asunto de prioridad para los ordenamientos jurídicos, y actualmente este derecho se reconoce y protege en una gama importante de instrumentos internacionales y regionales. (Fauré, 1995; Beauchamp, 2001; Cortina, 2013)

### La sociedad de riesgo

De conformidad con Beck, el riesgo es el enfoque moderno de la previsión y el control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada (Beck, 1998). Sostiene que el concepto de riesgo y de sociedad del riesgo combina lo que en otros tiempos era mutuamente excluyente: sociedad y naturaleza, ciencias sociales y ciencias de la materia, construcción discursiva del riesgo y materialidad de las amenazas; y de ahí se desprende su carácter interdisciplinar. (Vidal, 1991; Diéz, 2005)

Existe un riesgo global que exige mayor responsabilidad de la ciencia que antes; su impacto no es singular sino colectivo; y sus ataques, generalizados, y provienen de fuentes disímiles. Este riesgo impacta al Derecho Penal, pues el fenómeno delictivo es de naturaleza social, si la sociedad está en riesgo ello traerá entonces sus propios riesgos criminales. Es exactamente así, si se analizan algunos postulados para marcar la tendencia, la cual se proyecta en prospectiva para un riesgo global. (Erazo & De la A, 2023).

La sociedad de estos días es interactiva en todos sus sistemas, lo individual solo tiene cabida en ese entramado interconectado de tecnologías, factores sociales, económicos y políticos, que marcan el rumbo y definen las posturas. Entonces, si la delincuencia es un factor, será un componente más y estará sometida al mismo análisis del riesgo global, esa es la idea primigenia de un Derecho penal para la sociedad de riesgo que estará obligado a buscar respuestas eficaces para este momento histórico; el Derecho penal ha de estar a la altura de las circunstancias y proporcionar medios precisos y que sean los adecuados desde esa visión de la sociedad de riesgos.

Otro elemento importante es la determinación de los bienes jurídicos de la sociedad de riesgos que requieran protección penal, algunos son propios de esa nueva visión, otros estaban presentes pero invisibilizados, la variante es también lo colectivo, dígame obligada protección al medio ambiente, la salud colectiva, los derechos humanos, la criminalidad organizada, entre otros (Arias, 2006). En ese camino se considera que existe un adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible y se proyecta una reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo (Prittowitz, 2003). La vida humana en el contexto de las nuevas tecnologías es uno de los bienes jurídicos que paradójicamente se coloca en riesgo, de ahí la necesidad de encontrar fórmulas protectoras y eficaces.

### La Responsabilidad médica

La imprudencia médica se basa, en la inmensa mayoría de los casos, en un error técnico científico o en el incumplimiento del debido deber de vigilancia y de información al paciente encuadrados ambos en una relación médico paciente poco edificante que dificulta el necesario consentimiento. De esa formulación de carácter general se comienza el largo camino de la responsabilidad en el ámbito de la medicina. (Ferreyra, 1993; Cadavid, 2013; Donna, 2009)

La responsabilidad profesional es un punto de importante análisis en el contexto de la teoría general de la responsabilidad, y se encuentra sujeta a las normas de esta. No es en puridad una nueva categoría, sino que es parte de la responsabilidad civil o penal en que pueda incurrir un sujeto en virtud del ejercicio de su profesión. (Bello, 2015)

Este trabajo, sin embargo, va solo en el camino de analizar la responsabilidad penal del profesional en medicina, que necesita definición, aunque en algún momento es obligada la referencia al ámbito civil, derivada de su actuación; así como a aspectos relacionados con la obligación contractual y extracontractual. Se considera que la responsabilidad profesional es una obligación para los médicos; las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas en el ejercicio de su arte, pueden llevar un proceso civil, administrativo o penal. La responsabilidad médica es una obligación que tiene toda persona que ejerce el arte de curar, de responder ante la justicia por los actos judiciales que resultan de su modo de actuación profesional. (Bueres & Zaffaroni, 2014)

Por su parte, Vera (2013) establece que es la obligación que tienen los médicos de reparar o satisfacer las

consecuencias de sus actos, omisiones, y errores dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión. El enfoque del tema desde el punto de vista médico-legal se describe con el siguiente esquema: el actor es un médico con diploma y título habilitado; el acto es el accionar médico, quirúrgico, etc.; el elemento objetivo es el daño en el cuerpo o en la salud, desde una lesión hasta la muerte; el elemento subjetivo es la culpa por impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de normas y reglamentos; y la relación de causalidad entre el acto médico y el daño debe ser una línea directa sin ninguna interferencia (Zaffaroni, 2008).

De las dos definiciones anteriores, apuntamos que entre ellas existe un concepto común que es la obligación, que puede ser contractual o extracontractual: la primera, cuando entre médico y paciente media un contrato o negocio jurídico del que se desprenden derechos y obligaciones recíprocos; la segunda, cuando no exista vínculo obligacional previo entre aquellos, de tal forma que, si por culpa o negligencia el facultativo o el personal sanitario causaren daño al paciente, deberán responder de su concreta acción u omisión culposa o negligente. (Momblanc, 2021; Vanegas, 2018; Mir Puig, 2016)

### Mala praxis médica

La mala praxis médica se define como la omisión por parte del médico de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con el paciente, omisión que resulta en cierto perjuicio a este; o también cuando el médico a través de un acto propio de su actividad, y en relación causal y con culpa produce un daño determinado en la salud de un individuo. Ocurre cuando el accionar del médico produce daño no justificable.

Según Alberto Agrest, la mala praxis es toda acción médica errada de acuerdo con la opinión de expertos médicos, que no se define por la opinión del paciente o familiares y tampoco por la opinión del juez, cuya misión es definir la culpabilidad de una mala práctica y la magnitud del resarcimiento del perjudicado (Agrest, 2008).

Son muchos y variados los ejemplos de mala praxis. Los más recurrentes en la doctrina, están enmarcados en el defectuoso examen del paciente; errores groseros de diagnóstico y tratamiento; daños causados por uso indebido (o en mal estado) de objetos (aparatos e instrumental) y medicamentos; omisión de pautas esenciales para el diagnóstico de una enfermedad; falta de control hacia los auxiliares del médico y los daños que los mismos puedan culposamente ocasionar; cirugía sin diagnóstico ni pronóstico establecidos; cirugía sin planeación pre

quirúrgica; insuficiente evaluación clínica preoperatoria; descuido y falta de vigilancia en el postoperatorio; cirugía innecesaria, no justificada por un diagnóstico previo; y cirujano no capacitado técnicamente para determinada operación (imprudencia), entre otras.

### Lex artis preventivo

La serie de demandas por mala práctica médica tiene su punto de partida en el incumplimiento de las Guías de Práctica Clínica. Protocolos y procedimientos; a la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión. Los factores frecuentes que se presentan son las fallas en las barreras de seguridad, las cuales tienen el encargo de evitar la ocurrencia de eventos adversos. También existen factores contributivos que predisponen a dichas fallas como causales de la muerte de los pacientes. También existen acciones inseguras que se atribuyen a un evento centinela. Estas son fallas en la atención del paciente que acude al servicio de salud, determinado por la notoria y alarmante falta de identificación del riesgo de un desenlace fatal, la toma de decisiones no oportunas ante el cuadro clínico del paciente para brindar el apoyo diagnóstico y terapéutico que esta amerita en ese momento. Los factores de barreras se encuentran en el plan de transporte. Muchos de estos son facilitados por entidades públicas o desconcentradas, como es el sistema de transporte de ambulancias. (Fernández et al, 2019)

En los establecimientos de salud, muchas veces estas barreras se convierten en demoras en los procesos operativos, en lo que tiene que ver con los procesos del tiempo de atención. También existen barreras administrativas que en múltiples ocasiones se suscitan y contribuyen a la deficiente presencia de componentes operativos que se requieren para la estabilización y atención de los pacientes. Estas barreras se suman a la deficiente capacidad resolutoria, falta de medicamentos, operatividad de los quirófanos y déficit de derivados sanguíneos.

Otros factores que se presentan son: fallas en la identificación de los signos de alarma por parte del personal de salud: es decir, que el paciente presenta signos y síntomas de patologías relevantes que se exacerban durante su enfermedad, y el personal omite estos hallazgos infringiendo el deber objetivo de cuidado. (Vargas, 2017a; Vargas, 2017b; Vera, 2013)

En la mayoría de las demandas por mala práctica médica, los factores contributivos están en relación con la falta u omisión del llenado de datos importantes en las historias clínicas, en la continuidad de las notas de evoluciones, y la de decisiones de manera conjunta y multidisciplinaria

por parte del equipo médico, lo cual puede generar múltiples desencadenantes ante la toma de decisión, y sobre todo, en el tratamiento del paciente. (Gracia, 2021)

Si bien es cierto que estos factores pueden contribuir a una mala práctica médica, no es menos cierto que se requieren peritos calificados que analicen las evidencias y puedan emitir un informe adecuado a la realidad. Como esto no sucede así, se criminaliza la profesión del médico. (Ferreira, 1993; Vallejo, 2017)

La profesión que estudia, trata y cuida la vida humana es la Medicina, por tanto, es la más vulnerable ante esta nueva norma. Además, la clase médica desconoce los factores de lex artis que criminalizan la profesión. La poca profundización que se tiene en esta materia al momento de ser cuestionada en un juicio penal es radical, no solo por la poca claridad que revela esta norma en relación con la naturaleza de esta ciencia, sino porque se evidencia la carencia de conocimientos técnicos-jurídicos-médicos en la construcción de una doctrina y jurisprudencia propia nacional para la correcta administración de justicia en el país (Gallardo, 2015).

### CONCLUSIONES

El incumplimiento de las Guías de Práctica Clínica, Protocolos y procedimientos médicos que conlleva a la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales y reglas técnicas aplicables a la profesión, pueden solucionarse con la capacitación y aplicación de lex artis preventivo, que contemple los factores contributivos a una mala práctica médica, la advertibilidad, cognoscibilidad y previsibilidad de las acciones inseguras; y la evitabilidad de los factores de barreras. Previniendo todos estos factores se logrará disminuir las demandas por mala praxis médica y evitar la criminalización de la profesión sanitaria.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agrest, A. (2008). *Ser médico ayer, hoy y mañana. Puentes entre la medicina, el paciente y la sociedad*. Libros del Zorzal.
- Arias, D. P. (2006). A propósito de la discusión sobre el Derecho Penal "moderno" y la Sociedad del Riesgo. *Universidad EAFIT*. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/articulo/view/1303/1174>
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ediciones Legales. <https://secretariadelamazonia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/05/CODIGO-ORGANICO-INTEGRAL-PENAL-act.pdf>



- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador de 2007-2008. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Beauchamp, T. (2001). *Principles of biomedical ethics* (5th ed.). Oxford University Press.
- Beck, U. (1998). La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Paidós.
- Bello, D. (2015). *La responsabilidad médica*. Temis.
- Berti, B. (2015). Los principios de la bioética. *Prudentia Iuris*, 1(79), 269-280.
- Bueres, A. & Zaffaroni, E. (2014). Responsabilidad Médica. Temis.
- Cadavid, A. (2013). *Imprudencia punible y actividad médico quirúrgica* (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca. [https://proxy.europeana.eu/2022712/lod\\_oai\\_gredos\\_usal\\_es\\_10366\\_\\_\\_\\_124084\\_ent0?view=http%3A%2F%2Fgredos.usal.es%2Fjspui%2Fbitstream%2F10366%2F124084%2F1%2FDDPG\\_CadavidQuintero\\_Alfonso\\_tesis.pdf&api\\_url=https%3A%2F%2Fapi.europeana.eu%2Fapi](https://proxy.europeana.eu/2022712/lod_oai_gredos_usal_es_10366____124084_ent0?view=http%3A%2F%2Fgredos.usal.es%2Fjspui%2Fbitstream%2F10366%2F124084%2F1%2FDDPG_CadavidQuintero_Alfonso_tesis.pdf&api_url=https%3A%2F%2Fapi.europeana.eu%2Fapi)
- Corcoy, M. (2013). *El delito imprudente* (2a ed.). Eur Editores.
- Cortina, A. (2013). ¿Para qué sirve realmente la ética?. Paidós. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d0d0890042f57e83a3cea31c629fb1f0/\\_Para+que+CC%81+sirve+realmente+la+e%CC%81tica+-+Adela+Cortina+Orts-2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d0d0890042f57e83a3cea31c629fb1f0](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d0d0890042f57e83a3cea31c629fb1f0/_Para+que+CC%81+sirve+realmente+la+e%CC%81tica+-+Adela+Cortina+Orts-2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d0d0890042f57e83a3cea31c629fb1f0)
- Diéz, J. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Ciencia Penal y Criminología*, (7), 1-37.
- Donna, E. (2009). *El delito imprudente*. Rubinzal Editores.
- Erazo, J., & De la A, S. (2023). Auditoría del futuro, la prospectiva y la inteligencia artificial para anticipar riesgos en las organizaciones. *Novasinerгия*, 6(1), 105-19.
- Fauré, C. (1995). *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789* (2a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Fernández, F., Goite, M., Obando, F. M., Obando, A., & Velásquez, S. (2019). Una reflexión a priori sobre la responsabilidad médica en el Ecuador. En A. Medina, *El Derecho Penal y la Criminología. Su práctica en Angola, Cuba y Ecuador en el siglo XXI*. (93-100). Universidad de La Habana.
- Ferreira, R. (1993). *Prueba de culpa médica*. Hammurabi.
- Gallardo, D. (2015). El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos en la legislación ecuatoriana (Tesis de Pregrado). Cuenca: Universidad de Cuenca. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21981/3/Tesis.pdf>
- Gracia, D. (2021). *Bioética Clínica*. Astrea.
- Lecaros, J. (2016). La bioética global y la ética de la responsabilidad: una mirada fenomenológica a los orígenes y a los desafíos para el futuro. *Revista Iberoamericana de Bioética*, (1), 1-13.
- Martínez, J. A. (2010). En torno al valor de la vida humana. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (septiembre) <https://www.eumed.net/rev/cccss/09/jamg2.htm>
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal parte General* (10a ed.). Euro Editores S.R.L.
- Momblanc, L. C. (2018). La responsabilidad penal médica en Cuba. Iter histórico, problemas y soluciones. *Lex*, XVI(21), 239-262.
- Prittitz, C. (2003). Sociedad del riesgo y derecho penal. En L. A. Arroyo, A. Nieto, U. Neumann, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. (259-288). Ediciones de la Universidad de Castilla.
- Vallejo, G. A. (2017). Legal evaluation of risk as criterion for determining criminal liability of medical professionals. *Colombian Journal of Anesthesiology*, 45(Suppl2), 58-63.
- Vanegas, H. (2018). *Delictum Lecciones de Derecho Penal*. Ediciones Vanegas.
- Vargas, D. A. (2017a). *Lo peligroso, ilegítimo e innecesario en la tipificación del delito de mala práctica profesional* (Tesis). Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Vargas, T. (2017b). Algunos antecedentes sobre el complejo “deber de provisión” médico. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(1), 351-375.
- Vera, O. (2013). *Aspectos éticos y legales en el acto médico*. *Revista Médica La Paz*, 19(2), 73-82.
- Vidal, M. (1991). *Moral de la persona y bioética teológica*. PS editorial.
- Zaffaroni, E. (2008). *Manual de Derecho Penal* (2a ed). Ediar.