

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA

“La criminalización de la Mala Práctica Profesional médica regulada en el artículo 146 del COIP. Los problemas en los procedimientos judiciales ante la falta de experiencia en la materia y la necesidad de un baremo que permite la adecuada valoración del daño”

AUTOR

GARCÍA HOLGUÍN, AMALIA ESTEFANÍA

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Abg. Paola Toscanini

Guayaquil, Ecuador

29 de agosto de 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **García Holguín, Amalia Estefanía**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la republica del Ecuador**.

TUTOR (A)

f. 
Abg. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.

DIRECTOR DE LA CARRERA


f. _____
Abg. Maria Isabel Lynch

Guayaquil, a los 29 del mes de agosto del año 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **García Holguín, Amalia Estefanía**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La criminalización de la Mala Práctica Profesional médica regulada en el artículo 146 del COIP. Los problemas en los procedimientos judiciales ante la falta de experiencia en la materia y la necesidad de un baremo que permite la adecuada valoración del daño** previo a la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la republica del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 29 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR (A)

f. 

GARCIA HOLGUIN AMALIA ESTEFANIA



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, García Holguín, Amalia Estefanía

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La criminalización de la Mala Práctica Profesional médica regulada en el artículo 146 del COIP. Los problemas en los procedimientos judiciales ante la falta de experiencia en la materia y la necesidad de un baremo que permite la adecuada valoración del daño**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 29 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR (A)

f. 
GARCIA HOLGUIN AMALIA ESTEFANIA

REPORTE DE URKUND

URKUND Taller de la Escuela Orgánica de Estudios

Documento: [TALLER DE LA ESCUELA ORGANICA DE ESTUDIOS](#) (1) (2)

Presentado: 2024-04-01 10:42:00

Presentado por: paola.toscanini@unp.edu.ec

Recibido: 2024-04-01 10:42:00

Mensaje: TALLER DE LA ESCUELA ORGANICA DE ESTUDIOS [\(ver mensaje completo\)](#)

Se está utilizando la conexión de internet en 25 bytes

Lista de fuentes: **Bases**

Categoría	Enlace, nombre de archivo
	TALLER DE LA ESCUELA ORGANICA DE ESTUDIOS
Fuentes alternativas	
Fuentes no validas	
	TALLER DE LA ESCUELA ORGANICA DE ESTUDIOS
	TALLER DE LA ESCUELA ORGANICA DE ESTUDIOS
	TALLER DE LA ESCUELA ORGANICA DE ESTUDIOS

↑ ↓ ↶ ↷ 🔍 🔄 🗑️ 📄 🏠

TUTOR (A)


Abg. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.

DIRECTOR DE LA CARRERA

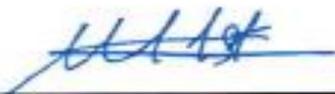
AUTOR (A)

f. 
Amalia Estefanía García Holguín



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
(FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y PO-
LITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. 

**Dr. José Miguel García Baquerioz
DECANO O DIRECTOR DE LA CARRERA**

f. 

**Abg. Paola Toscanini Sequeira, Mgs
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA**

f. 

**Abg. María Paula Vera Ramírez, Mgs
OPONENTE**

INDICE

RESUMEN	VIII
INTRODUCCIÓN	2
DESARROLLO	3
CAPITULO I: La Mala Praxis Médica.....	3
Marco Normativo.....	4
CAPITULO II: Tipos de Procedimientos Judiciales frente a una posible reclamación por mala práctica médica.....	9
1) Procedimiento Civil:	9
2) Procedimiento Administrativo:.....	10
3) Procedimiento Penal:.....	12
CAPITULO III: La Responsabilidad Civil Extracontractual y el resarcimiento a la víctima.....	20
CAPITULO IV: Derecho comparado: La mala praxis en el sistema español	26
CONCLUSIONES	29
BIBLIOGRAFIA	31

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se hace una exposición respecto a la importancia y la necesidad de peritos expertos durante los procesos judiciales, en casos de mala praxis profesional dado que, son estos quienes guiaran al juez a determinar lo siguiente:

1. Si existió o no mala praxis por el profesional sanitario.
2. Establecer una valoración económica por los perjuicios ocasionadas a la víctima o sus familiares.

Igualmente, dentro de la investigación se hace un análisis breve de la legislación ecuatoriana respecto a esta materia y las dificultades que puede encontrar el medico en el proceso judicial al momento de iniciarse una acción relacionada a esta materia.

Finalmente, en materia de derecho comparado haremos referencia al sistema español en esta materia y como realizan la cuantificación del daño en los casos de mala praxis médica, basado en el baremo de tráfico, como criterio orientativo para establecer las indemnizaciones.

Asimismo, propondremos en materia de la responsabilidad civil soluciones en donde toma gran importancia el régimen de seguros.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad Civil, Mala Práctica Profesional, Derecho a la Vida, Resarcimiento de la víctima y seguro.

INTRODUCCIÓN

Las Responsabilidad Profesional derivada de la actuación médica, desde hace mucho tiempo atrás dejó de ser un tema tabú, porque poco a poco en nuestro país ha ido desapareciendo esa relación paternalista que existía entre médico-paciente, ocasionando que hace ya unos años tenga que verse regulado la actuación de estos, y en este sentido en Ecuador con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal, se introduce el tipo de "**Homicidio culposo por mala práctica profesional**" en el artículo 146 de dicho cuerpo normativo, no obstante lo anterior, aunque el mismo haga referencia a los Profesionales en general, no deja de ser verdad que los que más se han visto afectados por esto, han sido el gremio de los médicos.

En este sentido, a través de esta reforma lo que, sé buscar es sancionar las actuaciones negligentes que no cumplan con lo que, establece la Lex Artis o los protocolos médicos establecidos, pero en realidad el problema en la mayoría de los casos sobre todo en el ámbito público, es que no están informados por sus propios Hospitales y/o centros de nuevas regulaciones y/o disposiciones que se hayan acordado la cuales, en el caso de haberlas conocido se hubieran podido evitar una reclamación y como defenderse ante estas.

Así las cosas, cuando entro en vigor el COIP, el gremio médico estuvo en constante desacuerdo con el gobierno de Rafael Correa, ya que, se sentían perseguidos, y con miedo a realizar su trabajo porque, cualquier tipo de disconformidad por parte los pacientes para con estos, independientemente de que si hubiera o no mala praxis, ocasionaría que puedan verse involucrados en un proceso judicial, en el cual sean juzgados por personas que no son médicos y que lo hagan, basados en informes médicos realizados por quienes no son especialistas en la materia, para finalmente condenarlos no solo con ir a prisión sino que también a dejar de ejercer su profesión, y junto con esto el pago de indemnizaciones sumamente altas sin existir ningún tipo de baremo que permita obtener una valoración acorde a la realidad.

Por ello, con este trabajo pretendo presentar donde se encuentran las falencias de nuestro sistema jurídico en relación a la praxis médica, las necesidades y proponer soluciones, ya que, sería una barbaridad pensar que, los médicos salen de su casa con la intención de hacer daño cuando, su vocación es la de salvar vidas.

DESARROLLO

CAPITULO I: La Mala Praxis Médica

Los procedimientos médicos imprudentes que configuran el tipo del 146 del COIP referente a la mala praxis médica, son situaciones a las que diariamente los médicos se tienen que enfrentar en los diferentes países del mundo, siendo la solución de este conflicto en el campo legal el resarcimiento de daños y perjuicios, es decir a través de una compensación económica por los daños causados.

La mala práctica médica se da por una actuación culposa por parte de un profesional de la salud, es decir, el elemento clave para que esta conducta se pueda penalizar y configurarse según el artículo 146, es la culpa o negligencia, mediante la cual se expone al paciente a un riesgo innecesario, provocándole lesiones permanentes o incluso causarle la muerte.

La mala praxis médica, podría definirse como, una omisión o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional, causándose un daño a la salud o a la integridad física del paciente. Se entiende que los casos más frecuentes de mala práctica médica se deban a fallos por aplicación de un tratamiento incorrecto, errores o retrasos diagnósticos que ocasionen una pérdida de oportunidad al paciente, asimismo, por omitir los protocolos establecidos o cuidados necesarios, en operaciones quirúrgicas, por todo esto, cualquier tipo de conducta imprudente debe ser penalmente sancionada por ser antijurídica y contraria al derecho.

En relación a lo anterior, cuando un médico es encontrado culpable de negligencia, significa que ha fallado al emplear el mismo grado de habilidad y aprendizaje, bajo circunstancias idénticas o similares, que son usadas por otros miembros de la profesión médica, es decir, se les exige un nivel de cuidado ordinario y normal, una actuación diligente, que es lo único que puede eximirlos de responsabilidad.

Por lo general, la mala praxis médica suele materializarse cuando se produce un resultado final como la muerte o lesiones irreversibles; no obstante, hay que tener en cuenta que no todo resultado desfavorable se debe a una actuación negligente por el profesional de salud, porque la regla general establece que la obligación de los médicos es una “obligación de medios y no de resultados”, es decir, que su obligación como profesional se cumple cuando agota todos los esfuerzos porque se logre el objetivo, y no al efectivamente alcanzar ese objetivo, mediante una conducta diligente y prudente, más no un resultado determinado.

Por tanto, se entiende que cuando el médico actúe negligentemente y se demuestre que su actuación ha sido así, deberán ser responsables penales y/o civiles, en los casos que hayan actuado con negligencia, impericia, o imprudencia, produciendo lesiones o la muerte del paciente.

Marco Normativo

En referencia a este primer punto como primera fuente tenemos la Constitución la cuál como ya sabemos, recoge los Derechos Fundamentales y Garantías que tiene cada ciudadano, y en ese sentido en artículo 66 reconoce el derecho a la vida:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

*1. El derecho a la **inviolabilidad de la vida**. No habrá pena de muerte.*

2. *El derecho a una vida digna, que **asegure la salud**, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.*
3. *El derecho a la integridad personal, que incluye (...) "*

El derecho a la vida es una de las garantías constitucionales absolutas, es decir, que no admite excepción, ni en los casos de suspensión de las garantías o de facultades extraordinarias. Igualmente, junto a esta garantía y para protegerla tenemos el derecho a la salud que se recoge en su artículo 42:

*"Artículo 42: **El Estado garantizará el derecho a la salud**, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia".*

Es decir, que tanto la vida como la salud son un derecho al que tienen acceso todos los ciudadanos y que debe darse sin ningún tipo de distinción por el personal sanitario público y/o privado, por lo que, siendo este un derecho fundamental, se encuentra regulado mediante Ley Orgánica y así surge la Ley Orgánica de Salud, la cual tiene por objeto establecer los principios y normas generales para la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud el cual rige en todo el territorio nacional:

"Art. 1.- La presente Ley tiene como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley (...) "

Asimismo, esta recoge tanto la responsabilidad de la Autoridad Sanitaria como de los médicos, incluso también las obligaciones de los pacientes.

Por otro lado, y no menos importante tenemos la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, la cual, va de la mano con las anteriores, y busca establecer cuáles son los derechos que tienen los pacientes frente a un profesional de la salud, estableciendo que uno de los derechos principales para garantizar este derecho a la vida, es el de ser atendidos ante cualquier circunstancia y el derecho a conocer la naturaleza de sus dolencias, el diagnóstico médico y las alternativas de tratamiento, respetando su privacidad y dignidad. En el caso de no hacerlo los profesionales podrían incurrir tanto en una sanción administrativa y/o en un delito Penal, recogido en el artículo 146 del COIP, como consecuencia de haberse brindado un mal servicio que, produzca la muerte y/o lesiones, pudiendo iniciarse en ese sentido el procedimiento ya sea de oficio o a instancia de parte.

Sobre la base de estos derechos, se entiende que, es obligación del Estado el garantizar a todos los habitantes un nivel de vida que asegure su acceso a servicios básicos de óptima calidad, y que sean seguros para todos.

Finalmente, en el ámbito penal, el COIP es el único cuerpo normativo que recoge una disposición normativa que haga referencia a la mala praxis médica y la tiene tipificada en su artículo 146, que dice: *“La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”*, y junto a este se redacta también el tipo agraviado que establece *“Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años **si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas**”* determinando también en el párrafo siguiente los requisitos que deben concurrir para considerarse que se ha infringido el deber objetivo de cuidado, siendo estos los siguientes:

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

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

Según este artículo hay que tener en cuenta lo siguiente:

1. Sujeto activo: Es la persona física que realiza la conducta considerada como delito, que en el caso que nos ocupa se trata del profesional médico y/o todos los que participan de acto que se va sancionar.
2. Sujeto Pasivo: Es el titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro, en este caso, la víctima y/o sus familiares.
3. Bien jurídico protegido: La vida, el cual que se encuentra vulnerado, como consecuencia del acto antijurídico cometido por infringir el deber objetivo de cuidado, pero ¿Que entendemos por deber objetivo de cuidado?, puede entenderse como principio general que es el deber o una obligación de todo profesional de ejecutar sus actividad atendiendo a las reglas más básicas de la medicina que provienen de leyes, reglamentos, protocolos, usos y costumbres propios de su actividad, obligando al sujeto activo a poner una mayor atención con el fin de no dañar o lesionar el bien jurídico protegido, por tanto, como bien se recoge en el párrafo segundo, inciso primero del artículo 146, no basta que el resultado se haya causado, sino requiere que se haya causado por la violación del deber objetivo de cuidado por el médico.

“El Deber Objetivo de Cuidado, consiste en la obligación de prestar el cuidado debido, para evitar la lesión o

puesta en peligro de bienes jurídicos y constituye un importante punto de referencia para la comprobación de las conductas imprudentes. Obliga al sujeto a poner en su actividad una atención con el objeto de no dañar o lesionar los bienes protegidos por el Estado” (Gallardo, 2017).

Asimismo, y en concordancia con este artículo encontramos el artículo 152 de nuestro Código Orgánico Integral Penal, en el que se hace referencia a las lesiones en sus incisos 3, 4 y 5¹, en virtud de esto se entiende que el deber objetivo de cuidado no solo se infringe únicamente en caso de un presunto homicidio culposo, sino que, también pueda darse cuando se generan lesiones, en el paciente.

¹ Artículo 152.- Lesiones. - La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días. 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año. 3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. 4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que, no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. 5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

CAPITULO II: Tipos de Procedimientos Judiciales frente a una posible reclamación por mala práctica médica

Dentro de nuestra legislación encontramos que existen dos vías en las cuales se deben atender las reclamaciones sobre mala praxis médica: la administrativa y la judicial (civil y penal).

1) Procedimiento Civil:

La acción civil en esta materia se inicia a instancia de parte mediante demanda por la víctima y/o perjudicado. En nuestro país y para ser más específicos en nuestro código civil no se recoge una disposición que haga mención como tal a la mala práctica médica como figura jurídica para el resarcimiento económico, por ende, la mayor parte de las demandas que se interponen son en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la actuación negligente del profesional, acción que se recoge en el Código Civil, en su artículo 2.214.:

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

En este sentido, estaríamos hablando de una responsabilidad extracontractual, que para que se cumpla y pueda reclamarse según el artículo 2214, son necesarios los siguientes requisitos:

1. Que, exista la acción u omisión.
2. Que exista un daño.
3. Que exista un nexo causal entre la acción y el daño.
4. Que exista un criterio que permita imputar la responsabilidad extracontractual

Está claro que, lo que se busca con la acción civil es un resarcimiento únicamente económico por los daños ocasionados, el cual muchas veces lleva de

la mano el daño moral, y en este sentido, será a la parte demandante a quien le corresponde acreditar que se cumplen los requisitos antes mencionados y en consecuencia es acreedor de la indemnización, mientras que por otro lado, al juez le corresponde a través de su sana crítica junto con la ayuda de un especialista en la materia (perito médico) que lo guíe para confirmar si el daño alegado ha quedado probado y a la vez establecer si la cuantificación del daño es correcta y es subsecuente con el daño causado.

Es definitiva, este hecho ilícito, impone el deber de resarcir el daño causado por la transgresión reprobable de una norma o de una conducta antijurídica.

2) Procedimiento Administrativo:

En el ámbito administrativo hay que tener en cuenta que existe una vinculación jurisdiccional de los profesionales de la salud y los prestadores de servicios médicos al Ministerio de Salud Pública, a través de las Direcciones de Salud, tanto provinciales como la general, así como a los respectivos comisarios de salud, dentro de las infracciones que recoge la Ley Orgánica de Salud.

Los procedimientos administrativos pueden iniciarse en primer lugar mediante una queja del perjudicado en el mismo centro público, y una vez analizada se realizara una auditoria de investigación por la dirección del mismo Hospital, procediéndose a solicitar un informe médico a todos los profesionales que intervinieron o atendieron al paciente, informando sobre la atención brindada al paciente y una vez analizado la documentación clínica junto con los informes de los profesionales, se valorara si se existe o no responsabilidad por los profesionales, emitiéndose una resolución, que puede ser favorable o no, y que en el caso de no ser favorable se dará traslado al órgano pertinente, iniciándose un Proceso Especial Sanitario por el ACESS, que tras la respectiva Audiencia de Juzgamiento escuchará a la partes involucradas y valorara las pruebas de descargo aportadas en el acto por estas, para posteriormente dictar una resolución mediante la cual podrá absolver al profesional o podrá imponerle una sanción, consistente en una suspensión, destitución o inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, o bien una sanción económica.

Asimismo, dentro del ámbito administrativo se podrá iniciar a Instancia de parte por el mismo paciente un procedimiento administrativo mediante denuncia ante ACESS, iniciándose así, directamente el Procedimiento Especial Sanitario.

De cualquiera de las dos formas, lo que se busca no es una indemnización económica para el perjudicado, ya que, en el caso de condena el profesional únicamente podrá verse sancionado con una inhabilitación o al pago de una multa, y así recoge la Ley Orgánica de Salud las diferentes sanciones administrativas:

- A. Multa cuantificada en salario básicos unificados.
- B. Suspensión temporal o definitiva del permiso o licencia.
- C. Suspensión del ejercicio profesional.
- D. Decomiso.
- E. Clausura parcial, temporal o definitiva del establecimiento correspondiente.

Igualmente, y en concordancia con lo antes dicho tenemos el artículo 202 de la misma Ley que establece un listado de varias conductas de los profesionales de salud que constituyen infracciones:

*Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, **todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño** en el paciente y sea resultado de:*

a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas; (sancionado con multa de un salario básico unificado, art. 241)

b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia (sancionado con multa de cinco salarios básicos unificados, art. 243)

c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible (sancionado con multa de 10 salarios básicos unificados, art. 246)

d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional. (sancionado con multa de 20 salarios básicos unificados, art. 249)

3) Procedimiento Penal:

En el ámbito penal, es donde existen las mayores incidencias o donde se encuentra la mayor concentración de reclamaciones judiciales con respecto a esta materia, y por eso ahondaremos más en este procedimiento. No obstante lo anterior, es importante mencionar y dejar claro que mucho de los problemas que se ven en esta vía judicial también se encuentran en el ámbito civil como en el administrativo, pero no son tan comunes ya que gran parte de las reclamaciones se hacen por vía penal y a mi entender es el de mayor importancia ya que, no solo nos enfrentamos ante un escenario donde el médico pueda ingresar a prisión sino que, su carrera profesional se puede ver acabada, por eso la importancia de tener peritos especialistas que sepan guiar tanto al fiscal como al juez ya que, estos últimos desconocen de la medicina y necesitaran de su ayuda para poder dictar una sentencia.

En ese sentido, también será importante que el médico tenga toda la documentación clínica en orden, donde se recoja toda la actuación brindada al paciente, ya que a través de esta documentación se valorara si existió o no responsabilidad en el acto médico concreto.

Este tipo de procedimiento se puede iniciar de dos maneras:

- A. De Oficio: Se inicia por parte de Fiscalía cuando tenga conocimiento de un delito de este tipo, generalmente se da en situaciones de muerte

cuando hay que realizar el levantamiento de cadáver y tienen que acudir al lugar de los hechos.

- B. A instancia de parte: Cuando es él mismo perjudicado el que acude a poner la denuncia en Fiscalía o lo hace por medio de un Abogado.

Como todo procedimiento penal, se inicia mediante una etapa pre-procesal, conocida como Investigación Previa, y la cual es la de mayor importancia dado que, es durante esta fase donde el Fiscal recaba la mayor cantidad de pruebas que le permitirán decidir si finalmente se inicia la instrucción y formula cargos contra el médico.

Por lo antes dicho, este momento es crucial y es donde surgen los mayores problemas en el proceso judicial tanto para el médico como para el fiscal, en el caso del primero más que nada por la desinformación y el desconocimiento de las disposiciones y regulaciones legales respecto a la documentación que servirán para su defensa, aunque esto no significa que lo absolverán pero, que si lo podrán librar de una condena más grave, ya que servirán como medio de prueba a su favor y en el caso de no tenerlos podrían perjudicarlos; mientras que, en el caso del Fiscal el mayor problema que encuentra es el desconocimiento de la materia.

En ese sentido, entre los problemas más frecuentes para el profesional sanitario durante un procedimiento penal, tenemos los siguientes:

1. La Historia Clínica
2. El Consentimiento Informado

En el caso de la Historia Clínica, es sumamente importante ya que, cuando un fiscal ordena de oficio instruir una causa para investigar la posible responsabilidad que pudiera proceder en una actuación médica, la primera diligencia o prueba que solicitará será la Historia Clínica del paciente, en consecuencia, nos encontramos que en la práctica los médicos desconocen cómo debe rellenarse esta y que deben incluirse en las mismas, siendo fundamentales los siguientes datos:

- Datos del paciente (Situación clínica, evolución, terapias, pruebas Rx...)
- Datos de terceros en interés terapéutico del paciente
- Anotaciones subjetivas
- Otros

Asimismo, cuando un paciente pretende formular una reclamación contra un médico o un establecimiento sanitario, la primera de las actuaciones que le recomienda el abogado es solicitar la Historia Clínica, y por eso es importante mencionar que, todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada.

En este contexto, también hay que hacer referencia respecto a las personas encargadas de la elaboración o redacción, guarda y custodia de las historias clínicas, generado dudas tanto a los pacientes como a los juzgados, e incluso a los propios médicos que atienden al paciente y esto dependerá de si es centro público o privado, siendo en el caso de los primeros, los mismos Hospitales Públicos que lo harán mediante su sistema informático, mientras que, en el privado será, el mismo médico el que tenga la guarda y custodia de la misma, siendo así, el paciente tiene el derecho de acceso a la documentación de la Historia Clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella, como se recoge en el artículo 28 del Reglamento de Información confidencial en sistema nacional de salud.

Por tanto, la Historia Clínica, se considera que es un documento fundamental dentro de un procedimiento judicial, dado que todo lo que se recoja en el mismo servirá como medio de prueba.

De esta manera estos protocolos de información e historias clínicas, deben elaborarse en el tiempo, y de forma continuada ya que constituyen el mejor

documento de prueba acerca de la buena o mala atención médica. La formulación de este documento es parte del deber jurídico que asume el médico al vincularse con el paciente, pero debe estar soportada por funciones que preserven la confidencialidad e integridad de la información registrada, para así proteger el derecho a la intimidad y evitar que los datos almacenados sean modificados

Por otro lado, tenemos el Consentimiento Informado, además de ser un documento obligatorio que tiene que entregar el médico al paciente informarle de los riesgos y alternativas al tratamiento y/o procedimiento que se va a realizar, sirve al igual que la Historia Clínica como medio de prueba, para demostrar que el paciente fue informado de que pudiera darse un resultado no deseado y por eso, el mismo lo firma dando su consentimiento.

El consentimiento no liberara al médico de Responsabilidad Profesional en el caso de actuaciones negligentes, imprudentes, o realizadas con impericia, pero si de las inherentes e inevitables siempre que la actuación médica se haya ajustado a la obligación de medios que tiene todo profesional.

El problema respecto al consentimiento informado, en la práctica es que se dan dos situaciones:

- 1.- No entregan al paciente al mismo ni informan.
- 2.- En el caso de entregarlo es un consentimiento muy general y no, relacionado al tratamiento que se le va a realizar al paciente y por tanto, los riesgos inherentes al mismo.
- 3.- Desinformación de que están obligados a informar al paciente respecto a los riesgos y alternativas y que, además, este lo tiene que firmar.

No hay que, olvidar que se trata de un Derecho Fundamental de los ciudadanos como se establece en el artículo 362 de la Constitución de la Republica: *“Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de*

la información de los pacientes.”, de igual manera lo recoge la Ley Orgánica de Salud en su artículo 7 apartados e) h) y también, la Ley de Derechos y Amparo al Paciente en su artículo 5.

Es importante mencionar, que, a raíz de lo antes dicho, en el año 2016, se dicta el Acuerdo Ministerial 5316, mediante el cual se busca reformar el formulario 024, mismo que jugaba a parecerse a un consentimiento informado pero sin lograr su objetivo, por lo que, con este acuerdo se logra establecer un modelo específico de consentimiento el cual deben seguir los profesionales, mostrando grandes diferencias tales como: Ordena y simplifica la información, incluyen los riesgos graves, menos graves y típicos, alternativas al procedimiento, gráficos explicativos seleccionados previamente, se incluyen apartados de negativa de consentimiento y revocatoria del mismo, no obstante, en la práctica aun encuentras que la gran mayoría de médicos sigue manejando el formulario 024, porque desconoce de esta regulación, lo cual ocasiona un problema aún mayor en el caso de una reclamación.

Así las cosas, una vez iniciada la etapa de Investigación Previa, por parte del Fiscal se empiezan a despachar las principales diligencias de la investigación, como, por ejemplo: Solicitud de Historia Clínica, Versiones de los posibles sospechosos/testigos, Informes de autopsia en el caso de haberla, Informes Periciales y cualquier otra que el Fiscal considere necesario.

Es en esta primera etapa, como ya mencionamos anteriormente es donde más se nota la falta de experiencia y falencias en la materia por parte de nuestro sistema judicial, siendo el principal problema que se afronta en esta etapa pre-procesal la falta de peritos cualificados que permita realizar un peritaje técnico, real y determinante de las lesiones o causas de muerte del paciente, que puedan guiar al juez para que juzgue si existió o no mala praxis por el médico.

Respecto a este punto es importante mencionar, y hacer referencia a los números que se han registrado desde que entró en vigencia el COIP hasta finales del año 2018, ingresados 577 denuncias por homicidio culposo por mala

práctica profesional en general, pero, solo han ingresado 68 casos ya que, la mayoría aún están en etapa de investigación previa por falta de peritos que evalúen esas lesiones o las causas de muerte y solo 48 han sido resueltas².

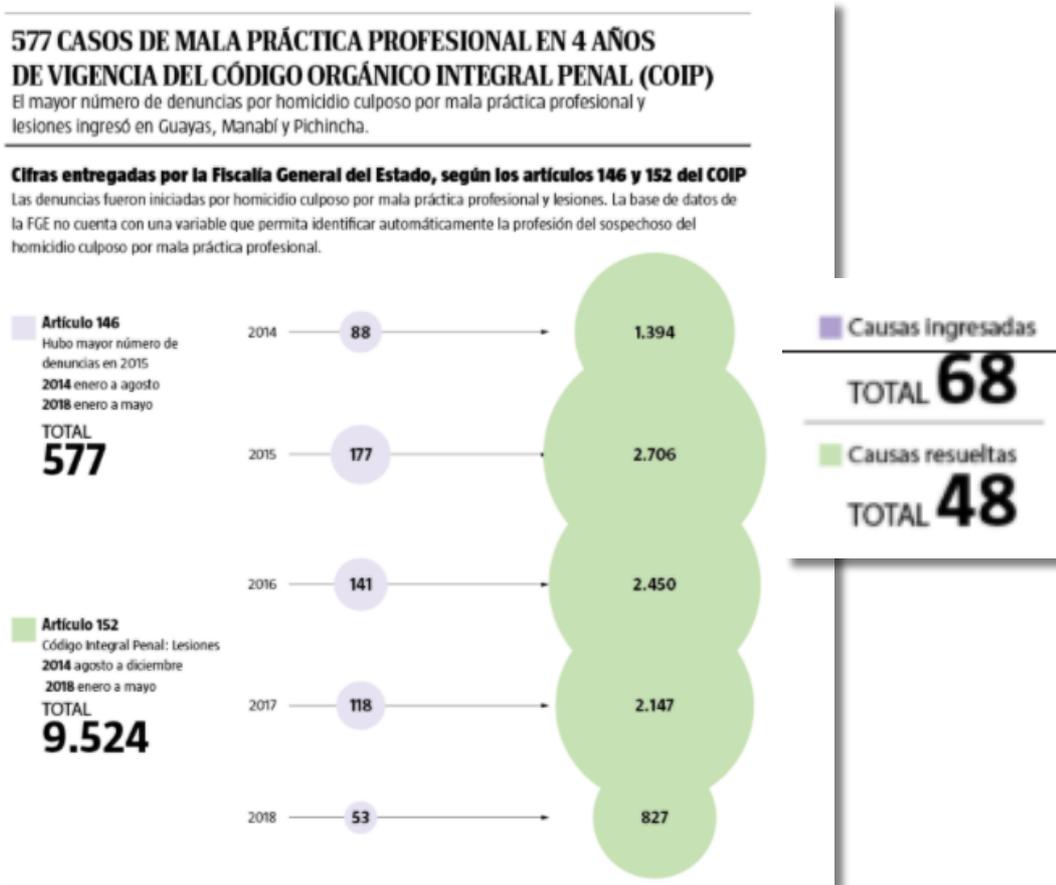


Figura N°1

Viendo estos números, resulta increíble ver el número de causas abiertas, pero sobre todo llama la atención el retraso que tienen las mismas ya que, muchas de estas llevan más de dos años detenidas y no hay que olvidarnos que la investigación previa tiene una duración máxima de dos años, lo que conllevaría al archivo de la misma dejando a la víctima sin su derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados.

Pero aquí no solo tenemos el problema del retraso sino también que los informes periciales realizados por los peritos no son adecuados y reales, siendo

² Artículo del periódico donde se recogen los datos y gráficos <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/sanciones-estancadas-malas-practicas-medicas-coip>

perjudicial para el profesional, algo que es sumamente grave ya que, estamos hablando de la libertad de una persona, y esto se debe a la falta de personal calificado porque, no hay expertos en todas las áreas o especialidades.

Como resultado de lo antes dicho, el protocolo que se sigue cuando por parte de Fiscalía se está llevando a cabo una investigación, una vez reunida toda la documentación clínica pertinente, procede solicitar un perito especializado en la materia concreta al Ministerio de Salud Pública, aunque el problema aquí, es que, no hay peritos expertos en todas las especialidades por lo que, a consecuencia de esto, el Ministerio revisa en su base de datos médicos que tengan la especialidad objeto del procedimiento, y eligen a una serie de ellos designando así a una terna de peritos que son quienes realizarán dichos informes, es decir hablamos de médicos especialistas mas no de peritos expertos en la materia, siendo esto sumamente preocupante, ya que, hay que recordar que tanto el fiscal como el juez desconocen de medicina y por ende, su única fuente para conocer si se formulan cargos o se condena a alguien será mediante el Informe Pericial, siendo este el elemento clave de convicción.

Asimismo, conviene añadir al punto anterior un problema que va unido a esto y es que, dado que no son peritos especialistas sus informes no dejan de ser meramente técnicos mas no un informe pericial donde se haga un análisis de la praxis, respecto del caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes del paciente, su diagnóstico y la documentación que consta en los autos de la investigación, que permitirán que se pueda establecer una valoración del daño.

A mayor abundamiento, otro de los problemas importantes es la inexistencia de un baremo, y/o tablas que sirvan como referencia para cuantificar los daños o lesiones, ya que en caso de una posible condena, es importante saber qué criterios se van a aplicar para cuantificarlo, dado que, actualmente queda un poco a la libertad de la víctima la cantidad que va a reclamar en concepto de responsabilidad civil, sin perjuicio de que, al momento de dictarse sentencia el Juez según la sana crítica y las circunstancias concretas decidirá lo que sea más justo, no obstante, en la práctica y a pesar de las pocas sentencias que tenemos en la materia, podemos ver que desde que este delito se encuentra

tipificado los montos de sentencias condenatorias han ido aumentando pero, muchas de estas, son muy contradictorias ya que, hay sentencias condenatorias con desenlace fatal de muerte o lesión permanente, que bordean los \$30.000 dólares, mientras que en otros casos similares, se ha llegado a determinar reparaciones que bordean los \$ 400.000 dólares; sin poder dilucidar la razonabilidad de los criterios aplicados en la cuantificación del daño, con lo que queda en evidencia que la debida proporcionalidad de las indemnizaciones, solamente podría ser analizada según el caso en concreto y no de manera general.

En resumen, está claro que, viendo estas 2 falencias existentes en nuestro sistema en materia de negligencias médicas, urgen adoptar medidas que propongan soluciones y que determinen si las actuaciones se hacen fuera de lo que establece la Lex Artis y en caso de ser así, se determinen indemnizaciones que sigan criterios proporcionales en relación al daño ocasionado, ya que, no solo en este sentido se va a ver perjudicado el medico sino también la víctima, cuando su caso se viera parado por falta de especialistas que determinen si actuaron conforme a lo establecido, pudiéndose incluso prescribir su acción y por tanto archivados su causa.

CAPITULO III: La Responsabilidad Civil Extracontractual y el resarcimiento a la víctima

El origen de la responsabilidad civil surge del principio romano "*alterum non laedere*", que significa no dañar al otro, así pues, tomando como base este principio, se entiende que para que cualquier reclamación de este tipo prospere es necesario que primero exista un daño y que, entre ese daño exista un nexo causal con la acción que lo ocasiona para que pueda ser imputada al investigado,

En temas de responsabilidad médica, se habla, por tanto, de una responsabilidad extracontractual, que es aquella que cuando se daña a otra persona respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio o contractual pero que, de todas formas, está obligado a reparar el daño ocasionado.

Con relación a lo anteriormente dicho, está claro que este tipo de responsabilidad se aplica en el ámbito civil, donde tendrán que cumplirse los requisitos establecidas para poder ser indemnizado, no obstante y dado que, la ciencia médica se ha desarrollada aún más existe una mayor complejidad en los procedimientos médicos que implican que se realicen de forma colectiva, lo que hace más complicado el poder determinar a un único responsable, y en ese sentido dependiendo de diferentes factores pueden haber los siguientes tipos de responsabilidades:

- A. Directa: Cuando es propia del profesional que actúa.
- B. Compartida: Recae sobre varios miembros del equipo quirúrgico.
- C. Colectiva: No es posible individualizar a un responsable.
- D. Solidaria: Es responsable el personal colaborador del acto quirúrgico.

Muchas veces también se puede hablar de una responsabilidad in vigilando, que suele darse en los casos de jefe de equipo, muchas veces ni interviene o

atiende al paciente, pero este será responsable por los hechos de sus dependientes ya que, debió velar porque ellos actúen dentro de los límites de su autorización.

Por el contrario, en el ámbito penal la negligencia u omisión debe ser muy clara y quedar sumamente acreditada, por ejemplo: Un paciente que llega para operarse la rodilla izquierda y le operan la derecha, en este ejemplo existe una clara omisión del deber objetivo cuidado y una evidente negligencia por el cirujano, o en el caso de que, dentro de una intervención quirúrgica al cirujano se le olvide una gasa en el interior del paciente, existe una responsabilidad solidaria entre el cirujano y el equipo de enfermería ya que, es obligación de este último el conteo de las mismas y del cirujano el confirmar que el mismo se haya hecho correctamente.

El problema que encontramos en esta vía, es que el juez penal siempre hará una valoración ex post, esto es cuando el evento médico ya sucedió, o el examen relativo a la causa de la muerte ya se realizó y esta se encuentra debidamente determinada, lo cual podría generar más de una condena penal injusta ya que, la valoración realizada por el médico siempre es ex-ante basada en las dolencias con las llega al consultorio el paciente.

No obstante, en cualquiera, de los dos ejemplos prácticos, que se han puesto de manifiesto se entiende que, aunque posteriormente, probablemente no existió una lesión permanente ni ningún tipo de daño, al paciente si le tomo más días recuperarse y según, el caso tuvo que quedarse ingresados más días en el hospital, lo que llevaría aparejado una indemnización por esos días improductivos y los no improductivos que le tomo recuperarse.

La verdad, es que uno de los grandes problemas desde que se incluyó el artículo 146 en el COIP, es que los ciudadanos se han dedicado a presentar denuncias por cualquier motivo con el fin de sacarle dinero al médico o a modo de venganza por alguna discrepancia personal o disconformidad, y esto ha generado un gasto de recursos y retraso en la justicia, cuando muchas veces no tienen ningún tipo de viabilidad en la vía penal.

En virtud de todo lo antes dichos, ya sea por vía civil o vía penal, el objetivo de los dos es buscar que la víctima o sus familiares puedan ser resarcidos o indemnizados, con la diferencia que en el penal lleva consigo la prisión. En este punto lo que sorprende es que, la propia víctima sea quien fije los parámetros para establecer su compensación, que, muchas veces puede ser una cantidad sumamente elevada que gira en torno a la subjetividad propia de cada individuo sin muchas veces ser una cantidad justa y acorde a la realidad.

Es verdad que, la responsabilidad civil del médico, implica la obligación jurídica de la reparación económica del daño causado por una “mal praxis” médica, pero ¿dónde está el límite? En este sentido, el problema que tenemos en la legislación ecuatoriana en este tema es que, no existe un criterio unificado que permita realizar una cuantificación real del daño y por eso, veo la necesidad de un baremo que permita conocer el valor real de una lesión permanente, una secuela temporal o un resultado fatal como la muerte.

En relación al párrafo que antecede, me gustaría hacer referencia de manera muy breve al baremo de tráfico que usan a modo orientativo en el sistema español en los casos relativos a la mala praxis médica, el cual ha sufrido varias modificaciones siendo la última la del 2015 mediante la Ley 35/2015, que, con respecto a la anterior tabla, la actual presenta un grado de detalle sumamente preciso y un aumento en las indemnizaciones.

La distribución básica de los parámetros de valoración del daño en la actual tabla se distribuye de la siguiente manera:

- Tabla 1. Indemnización por causa de muerte.
- Tabla 2. Indemnización por secuelas.
- Tabla 3. Indemnización por lesiones temporales.

Asimismo, aunque el baremo en temas de responsabilidad profesional no es obligatorio, si debe ser orientativo en todo tipo de daños corporales, incluso algunas resoluciones de la jurisprudencia menor destacan que, si bien es orientativo, el juez ha de motivar debidamente, en caso de apartarse del baremo, la razón de haberlo hecho.

En este sentido el baremo de tráfico respecto a las indemnizaciones establece a modo orientativo los siguientes criterios para reclamar por los daños y perjuicios:

a) Por causa de muerte

Reconoce cinco categorías autónomas ante casos de muerte que deben ser indemnizadas (cónyuge viudo, ascendientes, descendientes, hermanos y allegados). Además, podrá incluirse unos gastos específicos, que incluirán el traslado del fallecido, entierro, funeral, repatriación, etc.

b) Por secuelas

En los supuestos de secuelas además de los que corresponda por la pérdida de algún miembro o pérdida de movilidad o de cualquier otro tipo daño, establece que son resarcibles también los gastos previsibles de asistencia sanitaria futura, y los gastos de ayuda de terceras personas, y estas se medirán en función del número de horas de asistencia necesaria.

c) **Por lesiones temporales.**

En relación con las lesiones temporales, a modo de referencia se usa la tabla numero 3 anexa a la Ley:

INDEMNIZACIONES POR LESIONES TEMPORALES	
Tabla 3	
Tabla 3.A Perjuicio Personal Básico	
Indemnización por día	31,05 €
Tabla 3.B Perjuicio Personal Particular	
Por pérdida temporal de calidad de vida	
Indemnización por día (incluye la indemnización por perjuicio básico)	
Muy Grave	103,48 €
Grave	77,61 €
Moderado	53,81 €
Por cada intervención quirúrgica	De 413,93 € hasta 1.655,73 €
Tabla 3.C Perjuicio Patrimonial	
Gastos de asistencia sanitaria	su importe
Gastos diversos resarcibles	su importe
Lucro cesante	su importe

En ese sentido es necesario distinguir entre:

- a) Perjuicio personal básico: El tiempo hasta la curación de las lesiones o su estabilización.
- b) Perjuicio personal particular: Se subdividen en 3 tipos y cada uno con su respectiva indemnización:
- **Muy grave:** Cuando el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo la casi totalidad de sus actividades esenciales de la vida diaria (por ejemplo: UCI).
 - **Grave:** Cuando el lesionado pierde de forma temporal la mayor *parte de sus* actividades específicas de desarrollo personal o una parte de las actividades esenciales de la vida diaria (por ejemplo: ingreso hospitalario).
 - **Moderado:** Cuando el lesionado pierde de forma temporal la posibilidad de llevar acabo sus actividades específicas de desarrollo personal (por ejemplo: la baja laboral).

Además, como novedad, incluye una indemnización si el lesionado debe someterse a una operación quirúrgica, que, según la naturaleza de la operación y el tipo de la misma le corresponderá una cantidad concreta y en ese caso habrá que acudir a la tabla correspondiente para analizar a cuál grupo pertenece la cirugía que se le realizo.

En virtud de lo anterior, hay que tener en cuenta que junto a estos criterios se deberá también atender a las diferentes tablas anexas en la ley que según la gravedad de las secuelas se valoraran mediante puntos y teniendo como base la edad del lesionado, a tales efectos y a modo ilustrativo incluimos una parte de la tabla:

Edad del lesionado								
PUNTOS	25	26	27	28	29	30	31	32
1	834,08 €	830,93 €	827,78 €	824,62 €	821,47 €	818,32 €	815,16 €	812,01 €
2	1.718,73 €	1.712,05 €	1.705,37 €	1.698,68 €	1.692,00 €	1.685,32 €	1.678,64 €	1.671,96 €
3	2.646,14 €	2.635,61 €	2.625,07 €	2.614,53 €	2.603,99 €	2.593,46 €	2.582,92 €	2.572,38 €
4	3.608,51 €	3.593,83 €	3.579,15 €	3.564,46 €	3.549,78 €	3.535,10 €	3.520,42 €	3.505,74 €
5	4.597,90 €	4.578,90 €	4.559,83 €	4.540,76 €	4.521,69 €	4.502,63 €	4.483,56 €	4.464,49 €
6	5.606,82 €	5.583,17 €	5.559,52 €	5.535,86 €	5.512,21 €	5.488,56 €	5.464,91 €	5.441,26 €
7	6.679,79 €	6.651,18 €	6.622,57 €	6.593,96 €	6.565,35 €	6.536,74 €	6.508,13 €	6.479,52 €
8	7.776,50 €	7.742,74 €	7.708,99 €	7.675,23 €	7.641,48 €	7.607,72 €	7.573,96 €	7.540,21 €
9	8.891,55 €	8.852,45 €	8.813,36 €	8.774,26 €	8.735,17 €	8.696,07 €	8.656,97 €	8.617,88 €
10	10.018,68 €	9.974,11 €	9.929,55 €	9.884,98 €	9.840,42 €	9.795,85 €	9.751,29 €	9.706,72 €

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que hay diferente tipo de secuelas (por ejemplo: funcionales, estéticas, etc.) y según corresponda cada uno tendrá su propia tabla para ser valorado según el daño sufrido.

Ejemplos prácticos aplicándose el baremo:

SUPUESTO	INDEMNIZACION
Caso de fallecimiento: Mujer oficinista de 32 años, casada hace 5 años con cónyuge de 35 años, con ingresos netos de 16.80€ con una hija de 2 años. Solo madre y sin hermanos.	671.480,94 €
Caso de secuelas o lesiones permanentes: Bebe de un año que queda tetrapléjico	3.500.000 € (Incluyendo los conceptos de pérdida de calidad de vida, necesidad de una tercera persona, readaptación de la vivienda, lucro cesante, gastos sanitarios futuros, etc.)

De todo lo anterior, está claro que con un baremo las indemnizaciones serían mucho más altas que las que actualmente se han establecido mediante sentencia y eso se debe porque, al momento de establecerse la cuantía por el juzgador no se tienen en cuenta criterios como el lucro cesante o gastos asistenciales futuros de carácter vitalicio para supuestos de secuelas o lesiones permanentes donde se requiera apoyos para la autonomía personal del perjudicado.

En mi opinión, creo que es necesario que en nuestra legislación se proponga la creación de un baremo ya que, primeramente, para la víctima sería lo justo y en segundo lugar ya no sería esta quien fije los parámetros para determinar su compensación o el juez a través de su sana a establecer la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad Civil para asegurar que dicha indemnización será cumplida y que la víctima será resarcida por los daños y perjuicios sufridos.

CAPITULO IV: Derecho comparado: La mala praxis en el sistema español

En el sistema judicial español la mayoría de las reclamaciones a diferencia del ecuatoriano se hacen por la vía civil, y son donde se encuentra la mayor concentración de procedimientos, en ese sentido vamos a establecer las diferencias más claras con nuestro sistema en las diferentes vías judiciales.

1. Ámbito Civil:

La responsabilidad derivada de la mala práctica médica viene recogida en el artículo 1.902 del Código Civil Español, que establece lo siguiente:

"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

A diferencia del sistema ecuatoriano en el sistema español tanto los médicos como las clínicas y Hospitales están obligados a tener un seguro de responsabilidad civil, por lo que, en este sentido aseguraríamos el resarcimiento a la víctima en concepto de daños y perjuicios.

Igualmente, se cuenta con una red sumamente amplia de peritos especialistas que permiten agilizar el proceso ya que, muchas veces las mismas pólizas de seguro que aseguran al médico incluyen en su cobertura de defensa jurídica la realización del mismo si fuere necesario para su defensa. Asimismo, aparte del documento físico el perito que realice el informe acudirá al acto del juicio para que ratifique y/o aclare su informe por lo que, la figura de este, es sumamente importante dentro del proceso y para la defensa del médico.

Al igual que en el derecho ecuatoriano la carga de la prueba la tiene el demandante y solo a él le corresponde acreditar los requisitos del 1902, no obstante, habrá casos en los que se busca aplicar la teoría del daño desproporcionado por el demandante para conseguir la inversión de la carga de la prueba y por eso, es de gran importancia el consentimiento informado para evitar incidencia en este sentido.

En el tema de cuantificación del daño, como ya vimos se toma a modo orientativo el baremo de tráfico del 2015.

2. Ámbito Penal:

La responsabilidad penal en materia de mala praxis médica viene recogida en el artículo 142 del Código Penal Español que establece:

“Artículo 142.1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinará la producción del hecho. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años. Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años”.

A diferencia de la civil para que proceda una causa penal deber existir una clara omisión en el ejercicio de la profesión (por ejemplo: dejar morir a alguien por demorar en la atención), y la negligencia debe ser clara para que lleve aparejada la obligación de reparar o indemnizar por los daños causados, porque no hay que olvidar que la medicina es una obligación de medios y no de resultados, y lo que se enjuicia es el no haber usado todos los medios posibles para la curación mas no, el resultado.

No obstante, en el caso de que sea absuelto o se archive por no existir indicios de criminalidad la vía civil le queda abierta a la víctima para reclamar por los perjuicios causado porque muchas veces el que suele indemnizar es un tercero que no participo como suelen ser las aseguradoras que actúan como responsable civil directo en el procedimiento.

Asimismo, puede alguien no ser condenado, pero posteriormente puede pagar la indemnización en un procedimiento civil, es decir, en un procedimiento penal la responsabilidad civil no encuentra su origen en el delito sino en el hecho objetivo siempre que dicha acción haya provocado un daño.

En el ámbito penal al igual que en el civil existe la posibilidad de aportar un informe pericial de parte, es decir privado para que pueda ser ratificado el día del juicio oral, aunque generalmente suele darse más valor al informe realizado por el forense adscrito al juzgado de instrucción.

Otra diferencia clara con el procedimiento ecuatoriano es que, en España, el procedimiento penal se inicia con la instrucción y la misma se lleva a cabo por el juez instructor y será el quien se encargue solicitar la diligencias que ven pertinente y una vez finalizada de ver indicios de una infracción penal remitirá los autos al Juzgado de lo Penal correspondiente que será el que, juzgara y valorar si existió o no responsabilidad.

Respecto a la Indemnización por daños y perjuicios en materia penal también se tendrá en cuenta a modo orientativo al igual que en el ámbito civil el baremo de tráfico.

CONCLUSIONES

- 1) La Necesidad de una red más amplia a nivel nacional de peritos acreditados y que estos estén en constantes evaluaciones por parte del sistema de Salud para saber que tienen los conocimientos necesarios para ratificar de manera parcial y objetiva sus informes ante el Fiscal y/o Juez según la fase procesal en la que nos encontremos.

- 2) La necesidad de establecer a corto plazo una tabla que permita cuantificar el daño, mientras se desarrolla un baremo que permita determinar cuantías que proporcionen criterios justos y de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto.

- 3) Informar a los médicos por medio de sus colegios o de los sistemas de salud que debe contar con las historias clínicas de sus pacientes y con el consentimiento informado, pues es una manera de dejar constancia si existió o no una mala práctica médica por parte del profesional de la salud, ya sea a través de talleres o capacitaciones que de la realidad jurídica a la que se enfrentan.

- 4) Necesidad de crear una vía previa que sirva de precedente a iniciarse la investigación previa, ya sea por agencias conformadas por especialistas médicos que analicen toda la documentación y así estos, puedan establecer si verdaderamente existe mala praxis o si el médico ha actuado negligentemente, ya que, actualmente muchas de las denuncias que reposan en Fiscalía son por simple disconformidad del paciente sin existir ningún tipo de daño, ocasionando un gasto de recursos judiciales y además, gastos de defensa a ambas partes.

- 5) A modo de recomendación puedo decir que con respecto a la normativa vigente si existen vacíos sobre el juzgamiento y las sanciones a la hora de aplicarlas, por lo que, sería importante que como parte del Tribunal Penal esté un médico, pues es necesario conocer aspectos médicos a

la hora de poder determinar la responsabilidad profesional de una persona, y las causas que generaron tal o cual resultado.

- 6) Proponer como obligatorio a todo Profesional de la Salud un Seguro de Responsabilidad para que, en caso de condenas siempre haya un actor civil directo responsable, asegurándose así a las dos partes, que tanto la que sea condenada tendrá dinero para pagar la indemnización y que, la perjudicada va a cobrar.

BIBLIOGRAFIA

- Acevedo, M.A. (2003). *Iatrogenia y Mala Práctica*, Revista Apuntes, Volumen 2, número 1.
- Acuerdo Ministerial 5316
- Agrest, A. (2006). *El Conocimiento y el error Médico*. CIE Academia Nacional de Medicina,
- Borobia Fernández, C. (2017). *Actualización nuevo baremo de tráfico*. Elsevier.
- Código Orgánico Integral Penal
- Constitución de la República del Ecuador
- Gallardo, D. (2017). El Deber Objetivo de Cuidado en los Delitos Culposos, en la Legislación Ecuatoriana.
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21981/3/Tesis.pdf>
- Gómez Rivero, M; Sillero Crovetto, B; Such Martínez, J. (2015). *Responsabilidad Médica*. Tirant lo Blanch.
- Ley de Derechos y Amparo al Paciente No. 77
- Ley Orgánica de Salud No. 2002-80
- Marco normativo:
- Monterroso Casado, E. (2018). *La Responsabilidad Civil Profesional*. Centro de estudios Financieros.
- Vásquez Barros, S. (2009). *Responsabilidad civil de los médicos*. Tirant lo Blanch.
- Zambrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías*. La Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zavala Baquerizo, J (2012). *“El Proceso Penal” tomo III*. La Corporación de Estudios y Publicaciones.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **García Holguín, Amalia Estefanía**, con C.C: # **0914860689** autora del trabajo de titulación: **La criminalización de la Mala Práctica Profesional médica regula-da en el artículo 146 del COIP. Los problemas en los procedimientos judiciales ante la falta de experiencia en la materia y la necesidad de un baremo que permite la adecuada valoración del daño** previo a la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la republica del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **29 de agosto de 2020**

f. 

Nombre: GARCIA HOLGUIN AMALIA ESTEFANIA

C.C: 0914860689



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La criminalización de la Mala Práctica Profesional médica regulada en el artículo 146 del COIP. Los problemas en los procedimientos judiciales ante la falta de experiencia en la materia y la necesidad de un baremo que permite la adecuada valoración del daño		
AUTOR(ES)	García Holguín, Amalia Estefanía		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Toscanini Sequeira Paola María		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y ciencias sociales y políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los tribunales y juzgados de la republica del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	29 de agosto de 2020	No. DE PÁGINAS:	31
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Penal, Responsabilidad Civil y valoración del daño		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Responsabilidad Civil, Mala Práctica Profesional, Derecho a la Vida, Resarcimiento de la víctima y seguro		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>En el presente trabajo de investigación se hace una exposición respecto a la importancia y la necesidad de peritos expertos durante los procesos judiciales, en casos de mala praxis profesional dado que, son estos quienes guiaran al juez a determinar lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si existió o no mala praxis por el profesional sanitario. 2. Establecer una valoración económica por los perjuicios ocasionados a la víctima o sus familiares. <p>Igualmente, dentro de la investigación se hace un análisis breve de la legislación ecuatoriana respecto a esta materia y las dificultades que puede encontrar el medico en el proceso judicial al momento de iniciarse una acción relacionada a esta materia.</p> <p>Finalmente, en materia de derecho comparado haremos referencia al sistema español en esta materia y como realizan la cuantificación del daño en los casos de mala praxis médica, basado en el baremo de tráfico, como criterio orientativo para establecer las indemnizaciones.</p> <p>Asimismo, propondremos en materia de la responsabilidad civil soluciones en donde toma gran importancia el régimen de seguros.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-2001090	E-mail: amalia.garcia01@cu.ucsg.edu.ec	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Toscanini Sequeira Paola María		
	Teléfono: +593 999570394		
	E-mail: paolats77@icloud.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			