

**DESARROLLO E INNOVACIÓN DE LA
TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO
SANITARIO EN IBEROAMÉRICA: EL
CASO ECUATORIANO**

**PONENTE:
DR. DIEGO ALMEIDA GUZMÁN**

RESUMEN

A Objetivos

El presente ensayo expone el desarrollo del Derecho Sanitario en el Ecuador a partir de la expedición de la Constitución Política del Estado en el año 2008, circunscrito a la nueva normativa en materia de la tutela efectiva del *derecho a la salud*. Especial énfasis se da a circunstancias propias del país y de su realidad sanitaria, como es el caso del reconocimiento de las medicinas tradicionales de origen pre-colonial como parte del sistema de salud nacional, y la consagración a nivel constitucional y de legislación positiva de la responsabilidad civil y penal de los profesionales médicos. Asimismo, se referencia a los mecanismos alternativos de solución de controversias en el campo médico, de conformidad con normas contempladas en la legislación penal ecuatoriana.

B Argumentos y aspectos considerados

La nueva concepción del Derecho Sanitario en el Ecuador procura compaginar las realidades existentes en el ámbito de la salud en Ecuador con las previsiones legislativas y la adopción de políticas sociales. Se destaca la responsabilidad del Estado de garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos sin costo para el tratamiento de enfermedades que afectan a determinados sectores de la población ecuatoriana que, por su condición social, no cuentan con los medios económicos para adquirir medicación adecuada para su tratamiento. Situación ésta propia de países en

vías de desarrollo, superada ya en buena medida en la mayor parte de los países europeos.

Igualmente [se destaca] el reconocimiento de las medicinas tradicionales como parte del sistema de salud, entendidas como el *“conjunto de conocimientos y prácticas ancestrales de las nacionalidades, pueblos, comunidades indígenas, mestizas y afro descendientes que a lo largo del tiempo han constituido un saber específico, mantenido y difundido en un contexto cultural, de interrelación de elementos naturales, éticos, espirituales, mentales, psicológicos y afectivos y que se explica y funciona en ese mismo universo cultural”*. Así, se referencia a prácticas que corresponden con saberes, técnicas y procedimientos propios de la cosmovisión de cada comunidad, teniendo como sus ejecutores a los “agentes o sanadores de las medicinas tradicionales”, cuyo reconocimiento viene dado por la propia comunidad donde practican, sin perjuicio de la exigencia de registrarse ante la autoridad sanitaria nacional.

Concomitantemente, el Estado no solo ha previsto regulación normativa, sino que ha impulsado el desarrollo de programas de tratamiento, los cuales, conjuntamente con sus políticas sobre discapacidades, se han convertido en emblema del gobierno actual. En concordancia con ello, se resalta el impulso a la donación de órganos, tejidos y células, a través de reformas a la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, la cual establece la calidad de donador de todos los ecuatorianos y extranjeros legalmente residentes en Ecuador mayores de dieciocho años, salvo que expresamente hubiesen manifestado algún tipo de restricción o condicionamiento en su cédula de ciudadanía o de identidad.

En el contexto de una nueva concepción estatal inexistente a lo largo de la historia republicana ecuatoriana, con ocasión de un fallo internacional en un caso de “mala práctica médica”, el Estado [ecuatoriano] reitera su *voluntad de elaborar un proyecto de 'ley de indebida práctica médica', para incorporar al Derecho Penal ecuatoriano un tipo penal específico sobre la materia, que tome en consideración las peculiaridades que presenta el ejercicio incorrecto de la medicina y que establezca penas proporcionales a las conductas delictuosas'*.

Así, el Código Orgánico Integral Penal – COIP pasa a prever la omisión dolosa como el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante, estableciéndose que se encuentra en tal posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

Bajo estas premisas, las acciones y/u omisiones contrarias al deber de diligencia, o culpa en la praxis de la profesión [médica], generan una responsabilidad médica, definida como “*la obligación que tiene el médico de responder por las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión*”.

Ante serias reacciones contrarias de los colegios médicos del país, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, aclara el alcance del delito de homicidio culposo por mala

práctica médica. Dicho pronunciamiento señaló que el denominado "*homicidio culposo simple por mala práctica profesional*", se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, y el "*homicidio culposo calificado por mala práctica profesional*", por la inobservancia del deber objetivo de cuidado y, adicionalmente, por la concurrencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

En materia de conflictos sanitarios y acuerdos reparatorios, la [nueva] legislación ecuatoriana prevé que el método alternativo de solución de conflictos pase a regirse por seis reglas, a saber: **1.** Consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado, pudiendo éstos retirar tal consentimiento en cualquier momento de la actuación. **2.-** Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción. **3.-** La participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. **4.-** El incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. **5.-** Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto. **6.-** La víctima y el procesado tendrán derecho a consultar a una o un defensor público o privado.

En su proyección doctrinaria, la implementación de esquemas de solución alternativa de controversias en el ámbito de la salud resulta conveniente desde dos puntos de vista, a saber: el *psicológico*, por el estrecho hilo entre la salud y la vida. El *económico*, que para casos en que la naturaleza de la violación del derecho sea objeto de

transacción, recomienda al afectado utilizar el sistema extrajudicial y, eventualmente, llegar a un acuerdo reparatorio de índole económica que compense el daño sufrido.

En este orden de ideas, de consentirlo la víctima y siempre que no se trate de un delito que violente la vida, la integridad y la libertad personal con resultado de muerte, las infracciones en el ámbito del derecho sanitario pueden ser susceptibles de acuerdos reparatorios.

C Conclusiones

El Derecho Sanitario, por su estrecho vínculo con derechos como la salud y la vida, bienes jurídicos de alta importancia que pueden entrar en conflicto, exige un extenso y adecuado tratamiento jurídico que se adapte a la realidad social y su constante dinámica. El Derecho, sin embargo, no puede limitarse exclusivamente a conferir derechos, sino que debe establecer mecanismos claros, efectivos y expeditos que permitan el ejercicio de los mismos; esto es, el acceso a una tutela efectiva del derecho a la salud.

Los tratados y convenios internacionales que han reconocido a la salud como un derecho humano primordial, inherente e inmanente de todo ser humano, han motivado una visión de aquél como centro del actuar del Estado, quien pasa a desempeñar un papel proteccionista/garantista en este sentido. En consecuencia, se ha buscado introducir progresivamente un tratamiento especial y diferenciado para el ámbito sanitario, tanto a nivel constitucional, civil, penal e incluso medioambiental.

El Ecuador, como Estado primordial de análisis en esta ponencia, introdujo en su Constitución de la República (vigente a partir de octubre de 2008) una especial protección para la salud, estableciendo la obligación del Estado de adoptar políticas de orden económico, social, cultural, ambiental y educativas que aseguren su goce a todos los ciudadanos y que les permitan el acceso a una atención sanitaria integral y de calidad. Con base en estas previsiones, se introdujeron importantes reformas a la Ley Orgánica de Salud, y se dio una nueva dimensión a normas ya constantes en ella. Entre las innovaciones más importantes, se deben destacar: **(i)** la responsabilidad del Estado de garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos sin costo para el tratamiento de ciertas enfermedades que afectan a la población ecuatoriana; **(ii)** el reconocimiento de las medicinas tradicionales como parte del sistema de salud; **(iii)** el tratamiento diferenciado y específico de las enfermedades catastróficas; y, **(iv)** el impulso a la donación de órganos, tejidos y células estableciendo como regla general la condición de donante de los ecuatorianos y extranjeros mayores de dieciocho años que no hubieren expresado su voluntad contraria.

Asimismo, la Constitución consagró la responsabilidad civil y penal para quienes presten un deficiente servicio de salud y para aquellos profesionales médicos que en el ejercicio de su profesión, pusieren en riesgo la vida y la integridad de las personas. Esta exigencia constitucional, acompañada de la existencia de casos emblemáticos que causaron alarma social y las recomendaciones realizadas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, motivaron el desarrollo de normativa penal específica para el tratamiento de la responsabilidad por mala práctica

profesional, la cual fue recogida en el Código Orgánico Integral Penal – COIP, vigente a partir de febrero de 2014.

Las regulaciones en cuanto a responsabilidad por mala práctica profesional se hallan vinculadas directamente con el deber objetivo de cuidado, cuya vulneración en materia de Derecho Sanitario puede producirse mediante una acción por culpa o negligencia del profesional, o a través de una omisión deliberadamente producida por el médico, que provoquen o incrementen un riesgo que resulte determinante en la afectación de la salud, como bien jurídico protegido.

Así, la legislación ecuatoriana tipifica el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, el cual se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, en el que deben concurrir las cuatro condiciones señaladas en la norma. Adicionalmente, se tipifica el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, el cual exige, además de la inobservancia del deber objetivo de cuidado, la existencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. De esta manera, se busca conciliar el derecho de los pacientes a una salud integral y de calidad, provista por profesionales de la salud debidamente capacitados y que actúen de acuerdo con los parámetros y pautas establecidas por la *Lex Artis*, con los derechos de los profesionales sanitarios para ejercer de forma segura su profesión, protegiéndolos contra denuncias infundadas y determinando su responsabilidad penal exclusivamente cuando concurren simultáneamente todos y cada uno de los requisitos previstos en cada caso del tipo penal.

Finalmente, un nuevo indicio de la evolución del Derecho Sanitario durante el siglo XXI, el manos en el Ecuador, se evidencia ante la concepción de mecanismos alternativos de solución de conflictos en los que aquellos están vinculados con la afectación de derechos en materia sanitaria, siempre que los mismos sean susceptibles de transacción y no se trate de delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Palabras clave: Tutela efectiva, medicinas tradicionales, homicidio culposo, mala práctica profesional, conflictos sanitarios, acuerdos reparatorios.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Sanitario surge como un mecanismo empleado por el Estado para proteger el *derecho humano a la salud*, entendido éste como un bien jurídico-social que fortalece el derecho a la vida de los seres humanos. En conexión con ello, comporta un deber del Estado mantener el bienestar físico, mental y social de los individuos que lo conforman. Autores como Sergio GALLEGO RIESTRA definen al Derecho Sanitario como una disciplina emergente como consecuencia de la interacción del mundo jurídico y del mundo médico.¹ Por su parte, José María ANTEQUERA complementa esta definición al conceptuar al Derecho Sanitario como *"una entidad científica instrumental esencial en la planificación, gestión, administración y tutela sanitaria, y una dinámica de desarrollo e innovación del ordenamiento jurídico."*²

Los aspectos que, de esta manera, se vinculan con el Derecho Sanitario abarcan un espectro tan amplio y diverso como la regulación de la salud pública, la prevención de enfermedades mediante legislaciones y políticas, la asistencia sanitaria, el aseguramiento de un medio ambiente adecuado para la preservación de la salud, el acceso a atención médica integral, entre otros, los cuales se encuentran en constante dinámica. Es así que la prestación sanitaria es, por su naturaleza, compleja en cuanto los derechos y bienes jurídicos involucrados que pueden entrar en conflicto. Lo anterior exige un adecuado tratamiento jurídico que se adapte a la realidad del momento y que no se limite exclusivamente a conferir derechos, sino que conciba mecanismos claros,

¹ GALLEGO RIESTRA, Sergio (2003). "Introducción al Derecho Sanitario: Responsabilidad Penal y Civil de los Profesionales Sanitarios". Visita 14 de septiembre de 2014 en <http://bit.ly/1u5AGZ0>

² ANTEQUERA, José María (Ed.) (2006). *Fundamentos del Derecho Sanitario. Manual de dirección médica y dirección clínica*. Editorial Díaz de Santos, P. 2

efectivos y expeditos que permitan el ejercicio de los mismos; en otras palabras, que se regule el acceso a una tutela efectiva del derecho a la salud.

La presente ponencia evidenciará ciertos principios adoptados en el ámbito de la salud y las correspondientes innovaciones legislativas introducidas durante el siglo XXI en Iberoamérica, con un enfoque particular en el Derecho desarrollado en el Ecuador.

I. DESARROLLO DEL DERECHO SANITARIO

Desde el surgimiento del Derecho Sanitario en Gran Bretaña en agosto de 1848, con la expedición de la primera ley de salud pública del mundo, y la consecuente aparición del Movimiento Sanitarista, se han incorporado paulatinamente y de manera sistemática los fundamentos de la salud pública actual. Si bien en sus inicios el Derecho Sanitario fue entendido como una responsabilidad del Estado de mejorar la salud exclusivamente de la población que se encontraba en las ciudades industriales, en la actualidad se lo concibe como un derecho humano y, por consiguiente, innato e inherente de todo ser humano, sin importar su condición social, raza, sexo, cultura o religión.

En el sentido expuesto, tratados internacionales del siglo XX como la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre de 1948 y el Pacto de San José de Costa Rica, vigente a partir de 1978, sentaron las bases del Derecho Sanitario para los países iberoamericanos, al establecer que "*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el*

vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".³ Se inspiró de esta manera una concepción que tiene como eje fundamental al hombre y que se torna proteccionista/garantista de los derechos a él reconocidos; tal concepción ha sido recogida progresivamente en determinadas constituciones de los países iberoamericanos durante el siglo XXI.

II. EL DERECHO SANITARIO EN ECUADOR

En la actualidad, países como Ecuador han establecido un sistema sanitario que mediante políticas sociales y principalmente a través de medios legislativos, ha procurado brindar una protección de la salud que abarque los ámbitos preventivo, de atención integral, de mitigación de las enfermedades según su condición, y de sanción y resarcimiento ante la afectación de este derecho. Es así que la Constitución de la República del Ecuador,⁴ expedida el 20 de octubre de 2008, establece como un deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce del derecho constitucional a la salud, el cual es consagrado en su artículo 32 en los siguientes términos:

"Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas

³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1948) "Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre". Visita 15 de septiembre de 2014 en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

⁴ ASAMBLEA CONSTITUYENTE (2008). Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

Queda pues claro que con esta norma se establece como deber del Estado [ecuatoriano] garantizar la salud de sus ciudadanos en todas sus facetas, vinculándola directamente con el concepto de buen vivir, el cual es amplio sin que hasta el momento haya sido claramente delimitado en el país. Asimismo, se consagran los distintos ámbitos en los que debe actuar el Estado a efectos de precautelar este derecho, tales como el económico, social, cultural, educativo, ambiental, así como el acceso a atención integral de la salud. Vale destacar además que, conforme los principios establecidos por la propia Constitución para el ejercicio de los derechos, consagrados en su artículo 11, numeral 3, “... *los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...).*”⁵

⁵ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.- Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.- Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. ASAMBLEA CONSTITUYENTE (2008). Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Si bien ya antes de la expedición de esta Constitución, el Ecuador contaba con normativa específica en materia de salud, al amparo de la Ley Orgánica de la Salud⁶ vigente desde el 22 de diciembre de 2006, la norma constitucional motivó la implementación de una serie de modificaciones y, a su vez, otorgó un nuevo significado a conceptos y preceptos previamente establecidos en la regulación nacional. En este punto se destaca la calidad de "*ley orgánica*" de la referida norma, jerarquía que le es atribuida en virtud de regular el ejercicio de un derecho constitucional, como lo contemplan los artículos 133⁷ y 425⁸ de la Constitución. Al ser así, las previsiones de la *Ley de la Salud* son aplicables con prelación por sobre toda y cualquier ley ordinaria.

En su artículo 3 [la Ley Orgánica de la Salud] define a la salud como "*el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*" y añade que su protección y garantía "*es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado,*

⁶ LEY ORGÁNICA DE LA SALUD, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 423 de 22 de diciembre de 2006, reformada por última vez el 30 de enero de 2012.

⁷ Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.- Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.- Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (2008). Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁸ Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (...)

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (2008). Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

*sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables."*⁹

De igual manera, se reconoce a toda persona, sin discriminación por motivo alguno, entre otros, los siguientes derechos en relación con la salud:

- i) Acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud;*
- ii) Acceso gratuito a los programas y acciones de salud pública, dando atención preferente en los servicios de salud públicos y privados, a los grupos vulnerables determinados en la Constitución Política de la República;*
- iii) Vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación;*
- iv) Respeto a su dignidad, autonomía, privacidad e intimidad; a su cultura, sus prácticas y usos culturales; así como a sus derechos sexuales y reproductivos;*
- v) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna;*

⁹ LEY ORGÁNICA DE LA SALUD, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 423 de 22 de diciembre de 2006, reformada por última vez el 30 de enero de 2012.

- vi) *Recibir, por parte del profesional de la salud responsable de su atención y facultado para prescribir, una receta que contenga obligatoriamente, en primer lugar, el nombre genérico del medicamento prescrito;*
- vii) *Utilizar con oportunidad y eficacia, en las instancias competentes, las acciones para tramitar quejas y reclamos administrativos o judiciales que garanticen el cumplimiento de sus derechos; así como la reparación e indemnización oportuna por los daños y perjuicios causados, en aquellos casos que lo ameriten;*
- viii) *Ser atendida inmediatamente con servicios profesionales de emergencia, suministro de medicamentos e insumos necesarios en los casos de riesgo inminente para la vida, en cualquier establecimiento de salud, sin requerir compromiso económico ni trámite administrativo previos.”¹⁰*

Se pone de manifiesto que, si bien se consagran derechos tradicionales que provienen de los tratados y convenios internacionales, existen también otras innovaciones que buscan materializar tales derechos, como el acceso a la salud gratuita, a medicamentos genéricos, el consentimiento informado, contar con productos y servicios de calidad y una tutela efectiva. Así, se ha procurado compaginar las realidades existentes en el ámbito de la salud en Ecuador con las previsiones legislativas y la adopción de políticas sociales. El espectro de la normativa es amplio; adelante se hace referencia a aquellas de mayor relevancia.

¹⁰ Tomado del artículo 7 de la LEY ORGÁNICA DE LA SALUD, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 423 de 22 de diciembre de 2006, reformada por última vez el 30 de enero de 2012.

En efecto, se destaca la responsabilidad del Estado de garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos sin costo para el tratamiento del VIH-SIDA y enfermedades como hepatitis, dengue, tuberculosis, malaria y otras transmisibles que pongan en riesgo la salud colectiva. Enfermedades que, en ciertos casos, afectan a determinados sectores de la población ecuatoriana que, por su condición social, no cuentan con los medios económicos para adquirir medicación adecuada para su tratamiento.

Igualmente [se destaca] el reconocimiento de las medicinas tradicionales como parte del sistema de salud, entendidas como el "*conjunto de conocimientos y prácticas ancestrales de las nacionalidades, pueblos, comunidades indígenas, mestizas y afro descendientes que a lo largo del tiempo han constituido un saber específico, mantenido y difundido en un contexto cultural, de interrelación de elementos naturales, éticos, espirituales, mentales, psicológicos y afectivos y que se explica y funciona en ese mismo universo cultural*".¹¹ Sus prácticas se corresponden con saberes, técnicas y procedimientos propios de la cosmovisión de cada comunidad, teniendo como sus ejecutores a los "agentes o sanadores de las medicinas tradicionales", cuyo reconocimiento viene dado por la propia comunidad donde practican, sin perjuicio de la exigencia de registrarse ante la autoridad sanitaria nacional.

Asimismo, el tratamiento diferenciado y específico de las enfermedades catastróficas, que son aquellas que cumplen con las siguientes características: **(a)** que impliquen un

¹¹ Tomado del glosario de términos contenido en la LEY ORGÁNICA DE LA SALUD, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 423 de 22 de diciembre de 2006, reformada por última vez el 30 de enero de 2012.

alto riesgo para la vida de la persona; **(b)** que sean enfermedades crónicas y por lo tanto que su atención no sea emergente; y, **(c)** que su tratamiento pueda ser programado o que el valor promedio de su tratamiento mensual sea mayor al determinado en el Acuerdo Ministerial de la Autoridad Sanitaria.¹² En este sentido, el Estado no solo ha previsto regulación normativa, sino que ha impulsado el desarrollo de programas de tratamiento, los cuales, conjuntamente con sus programas sobre discapacidades, se han convertido en emblema del gobierno.

Por último, se resalta el impulso a la donación de órganos, tejidos y células, a través de la reforma a la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células,¹³ la cual establece la calidad de donador de todos los ecuatorianos y extranjeros legalmente residentes en Ecuador mayores de dieciocho años, salvo que expresamente hubiesen manifestado algún tipo de restricción o condicionamiento en su cédula de ciudadanía o de identidad.¹⁴ Es así que en el Ecuador actualmente la regla general es ser donante y solamente por excepción no se lo es, postura que evidencia un real avance con respecto al sistema sanitario adoptado en el siglo pasado y que por décadas se mantuvo intacto, a pesar del progresivo incremento de pacientes cuyo bienestar dependía exclusivamente de este tipo de procedimientos.

¹² Tomado del glosario de términos contenido en la LEY ORGÁNICA DE LA SALUD, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 423 de 22 de diciembre de 2006, reformada por última vez el 30 de enero de 2012.

¹³ LEY ORGÁNICA DE DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS, publicada en el Registro Oficial No. 398 de 4 de marzo de 2011.

¹⁴ El artículo 30 de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células establece: *"Art. 30.- Expresión de Voluntad.- La manifestación, restricción o condicionamiento de la voluntad para la donación de componentes anatómicos se hará constar en la cédula de ciudadanía en el caso de las y los ciudadanos ecuatorianos y en cualquier otro documento de identificación en el caso de los extranjeros residentes legalmente en el país.- La negativa de las personas a ser donantes no generará discriminación alguna y no podrá ser utilizada de modo público por ninguna autoridad, persona o medio de comunicación."*

III. RESPONSABILIDADES IMPLEMENTADAS CON BASE EN EL DERECHO SANITARIO

Según se expuso, la importancia del bien jurídico que protege el Derecho Sanitario, esto es, la salud y por consiguiente la vida humana, y la complejidad de las circunstancias que ello involucra, pueden generar una contraposición de intereses y traducirse en conflictos que [eventualmente] deriven en daño, lesiones y/o muerte del paciente. En este orden de ideas, el Derecho está llamado a establecer responsabilidades para quienes, de cualquier manera, atenten contra la salud e integridad de los ciudadanos y prever mecanismos de reparación a las víctimas.

El autor Sergio GALLEGO RIESTRA distingue cinco tipos de responsabilidad en el ámbito sanitario, a saber: **(i)** Responsabilidad Civil; **(ii)** Responsabilidad Penal; **(iii)** Responsabilidad Deontológica; **(iv)** Responsabilidad Disciplinaria; y, **(v)** Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria.¹⁵ Se hace adelante un breve análisis de la primera de estas responsabilidades, y se profundiza en la responsabilidad penal ante los cambios legislativos producidos durante el siglo XXI.

(i) De la responsabilidad civil

Históricamente, el Derecho Sanitario en el Ecuador no recibió un tratamiento jurídico especializado en lo que a responsabilidades se refiere, limitando las mismas

¹⁵ GALLEGO RIESTRA, Sergio (2003). "Introducción al Derecho Sanitario: Responsabilidad Penal y Civil de los Profesionales Sanitarios". Visita 14 de septiembre de 2014 en <http://bit.ly/1u5AGZ0>

exclusivamente a la responsabilidad civil y consiguiente reparación de daños y perjuicios por medio de la vía civil ordinaria.

Es así que la responsabilidad en materia sanitaria se enmarcaba en la denominada “responsabilidad extracontractual” en la que la obligación de indemnizar surge por la producción de un evento dañoso, y que, a decir de Ángel YAGÜEZ, radica en “*la ejecución de un acto ilícito (que) produce el nacimiento de una obligación, cuya prestación consiste en la reparación del daño causado al perjudicado.*”¹⁶

(ii) De la responsabilidad penal

En la normativa penal [anterior al año 2014] en el Ecuador, ya se preveía la responsabilidad profesional del médico por delitos culposos, tanto en el caso de lesiones como en el de muerte a consecuencia de una intervención médica imprudente; de igual forma, se preveía el delito contra la salud pública. No obstante, existieron ciertos casos emblemáticos que causaron alarma social en el sistema de salud pública del Ecuador, y motivaron el reforzamiento de la legislación en la materia.

Entre uno de los más notorios que condujeron a un proceso penal, se incluye el caso de los veintiún pacientes atendidos en la clínica del Dr. Galo Garcés Barriga, quienes se infectaron con el virus del VIH-SIDA por la reutilización de los equipos de diálisis. Hasta 1996, todos los pacientes fallecieron a causa de esta enfermedad. Las familias

¹⁶ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Editorial Civitas: Madrid, PP. 13 – 14.

de los afectados iniciaron un proceso penal por delito en contra de la salud pública, en el que se vinculó al referido médico, a su hijo y a otros implicados. La acción fue declarada prescrita por el juzgado que conoció la causa, y tras la liberación del Dr. Garcés después de permanecer un año y siete meses detenido, a pesar de haberse dictado su prohibición de salida del país, el médico viajó a Estados Unidos. Posteriormente, varios medios del extranjero denunciaron que Garcés Barriga seguía ejerciendo la profesión de médico en el hospital Jackson Memorial de la ciudad de Miami.¹⁷

Cabe además tomar como antecedente de las reformas legislativas en la materia, principalmente del Código Orgánico Integral Penal – COIP, el Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, interpuesto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente conocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. En dicho caso, los demandantes solicitaban que se declare la imprescriptibilidad del delito culposo por “mala práctica médica” que se imputaba a los médicos ecuatorianos, argumentando que se trataba de graves violaciones a los derechos humanos.¹⁸ En

¹⁷ EL TELÉGRAFO (2011). “Testimonio “olvidados” de aquellas 21 muertes”. Visita 16 de septiembre de 2014 en <http://www.telegrafo.com.ec/justicia/item/testimonios-olvidados-de-aquellas-21-muertes.html>

¹⁸ **Interposición de la demanda:** 31 de mayo de 2001. **Interposición de la demanda ante la Corte:** 5 de julio de 2006. **Sentencia:** 22 de noviembre de 2007. De acuerdo a los hechos invocados por la Comisión Interamericana, Laura Susana Albán Cornejo ingresó el 13 de diciembre de 1987 al Hospital Metropolitano (institución de salud de carácter privado, situada en Quito-Ecuador) con un cuadro clínico de meningitis bacteriana. El 17 de diciembre de 1987 durante la noche, la señorita Albán Cornejo sufrió un fuerte dolor, para lo cual el médico residente le prescribió una inyección de diez miligramos de morfina. El 18 de diciembre de ese mismo año, mientras permanecía bajo tratamiento médico, la señorita Albán Cornejo murió, presuntamente por el suministro del medicamento aplicado. Con posterioridad a su muerte, sus padres, Carmen Cornejo de Albán y Bismarck Albán Sánchez presentaron una denuncia penal ante las autoridades estatales para que investigaran la muerte de su hija. Como consecuencia de lo anterior, dos médicos fueron investigados por negligencia en la práctica médica, y el proceso seguido en contra de uno de ellos fue sobreseído el 13 de diciembre de 1999, al declararse prescrita la acción penal.

sentencia de 22 de noviembre de 2007, la CIDH consideró que el caso no se enmarcaba en el concepto de graves violaciones a derechos humanos, y que por consiguiente la prescripción de la acción era pertinente. No obstante, a partir de las consideraciones expuestas en dicho fallo, principalmente en los párrafos 115, 136 y 137 de la Sentencia de Fondo, el Estado Ecuatoriano "*reiteró su voluntad de elaborar un proyecto de "ley de indebida práctica médica", para incorporar al Derecho Penal ecuatoriano un tipo penal específico sobre la materia, que tome en consideración las peculiaridades que presenta el ejercicio incorrecto de la medicina y que establezca penas proporcionales a las conductas delictuosas.*"¹⁹

La autora María BARAHONA²⁰ argumenta que en la actualidad, las formas de reacción ante supuestos errores médicos son, por una parte, corregir al responsable para prevenir daños futuros y, por otro lado, resarcir al afectado mediante la compensación económica. En consecuencia, y a efectos de cumplir principalmente con el primer objetivo, se hizo imperativo reforzar la responsabilidad en materia sanitaria en el ámbito penal y plantearla como la responsabilidad derivada de un delito culposo. En este sentido, el artículo 54 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). "Ficha técnica: Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador". Visita 16 de septiembre de 2014 en http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1317

¹⁹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2014). "La Mala Práctica Profesional". Visita 18 de septiembre de 2014 en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/24/la-mala-practica-profesional-en-el-coip>

²⁰ BARAHONA, María (2013). *Responsabilidad Jurídica por Asistencia Sanitaria y sus Clases. Tratado de Derecho Sanitario*. Tomo II. Editorial Thomson Reuters Aranzadi: Pamplona, P. 65

“Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.”²¹

Si bien esta previsión no se circunscribe exclusivamente a los profesionales que practican medicina, en materia de Derecho Sanitario se vincula directamente con la observancia de las reglas de la *Lex Artis* y la responsabilidad médica derivada.

Conviene, por tanto, puntualizar que el médico en el ejercicio de su profesión, se encuentra ligado a las reglas de la *Lex Artis*, las cuales marcan las pautas en que deben desenvolverse los profesionales. Es primordial, en este sentido, que el médico mantenga estricta observancia del deber objetivo de cuidado y que no incurra en prácticas que expongan a su paciente a riesgos injustificados. El deber objetivo de cuidado, así entendido, es el núcleo central de la responsabilidad de los profesionales de la salud y les impone el cálculo de las consecuencias posibles y previsibles dentro de la dinámica en su relación con el paciente. El médico tendrá la protección del Estado en el ejercicio de su profesión en tanto se ajuste a la *Lex Artis* y observe el deber objetivo de cuidado.

²¹ ASAMBLEA CONSTITUYENTE (2008). Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Alex VAN WEEZEL DE LA CRUZ señala que, de acuerdo con la tesis denominada objetiva, *“una acción es contraria al deber (...) cuando vulnera el cuidado que en general es necesario para el desarrollo de una actividad social determinada; en consecuencia, una persona que no pueda observarlo debe abstenerse de su realización”*²²; y añade que en el caso del cirujano excepcional, aquél cumple con el deber de cuidado si ante una complicación se comporta como lo haría (al menos) un cirujano medio.

El Código Orgánico Integral Penal – COIP²³, aprobado recientemente como compendio legislativo en materia penal, se refiere al deber de cuidado de la siguiente manera:

“Art. 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.”

La culpa así concebida, puede decirse que se produce en el ámbito sanitario, cuando se inobservan leyes o reglamentos que regulan la materia, o cuando existe ignorancia, imprudencia, impericia, descuido, abandono de protocolos o formalidades propias de la profesión para la prestación de la salud. El COIP complementa estas previsiones con la introducción de la omisión dolosa:

²² VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex (1999). “Parámetros para el Enjuiciamiento de la Infracción al Deber de Cuidado en los Delitos Imprudentes”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, No. 2 (Abril / Junio 1999), pp. 323-336, publicado por Pontificia Universidad Católica de Chile, <http://www.jstor.org/stable/41612187>

²³ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL–COIP, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

*"Art. 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico."*²⁴

Es así que en la legislación ecuatoriana, la vulneración del deber objetivo de cuidado en materia de Derecho Sanitario, puede adquirir una doble dimensión, así: **(i)** como acción que produzca un resultado dañoso, en los casos en que se encuentre expresamente tipificado como delito, y bajo las condiciones establecidas por la Ley; y, **(ii)** como omisión deliberadamente producida por una persona que en su calidad de garante – como es el caso de los médicos y demás profesionales de la salud – prefiere no evitar un resultado material típico que provoque o incremente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico – la salud.

De conformidad con lo anterior, al momento de violentar las normas del adecuado ejercicio profesional, queda configurada la *Mal Praxis*, la que asimismo se puede producir en cualquiera de las dos dimensiones arriba referidas. Por tanto, el no ceñirse a las normas establecidas (originando un perjuicio) hace al médico responsable de su conducta y de los daños que ocasiona. Bajo estas premisas, las acciones y/u omisiones

²⁴ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL-COIP, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

contrarias al deber de diligencia, o culpa en la praxis de la profesión, generan una responsabilidad médica, definida como *"la obligación que tiene el médico de responder por las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión."*²⁵

La naturaleza propia del ejercicio de la profesión médica, sujeta precisamente a enfrentar situaciones críticas, emergentes, imprevistas y dañosas, exige una delimitación clara y precisa respecto de los condicionamientos a que estará sujeta la práctica médica y las circunstancias que deberán concurrir para que el profesional sea civil y penalmente responsable. El Código Orgánico Integral Penal tipificó de esta manera, como una figura delictual independiente y con sus propias especificaciones y singularidades, el homicidio culposo por mala práctica profesional, al señalar en su artículo 146:

"Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

²⁵ Borrador de Consulta por parte del Hospital Carlos Andrade Marín – HCAM a la Procuradora del Instituto Ecuatoriana de Seguridad Social – IESS, respecto de la práctica médica de los médicos en formación para adquirir su título de postgradistas, Ecuador, septiembre de 2014.

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.”²⁶*

Este artículo configura dos tipos penales, conforme lo señala la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución No. 01-2014, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 246 de 15 de mayo de 2014, a través de la cual aclaró el alcance del delito de homicidio culposo por mala práctica médica. Dicho pronunciamiento señaló que el inciso primero del artículo 146 tipifica el denominado “*homicidio culposo simple por mala práctica profesional*”, como aquél que se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme el inciso final; por su parte, el inciso tercero del mismo artículo tipifica el “*homicidio culposo calificado por mala práctica profesional*”, el cual se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado y, adicionalmente, por la concurrencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

En cualquiera de los casos, se hace necesario analizar los cuatro elementos constitutivos de la infracción al deber objetivo de cuidado:

²⁶ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL– COIP, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.- La mera producción o causación de un resultado objetivo y dañino, como la muerte, no configura por sí misma una infracción; se debe realizar una valoración de los hechos que conllevaron al fallecimiento. A decir del Dr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, de esta manera, la norma penal proscribía la teoría de la responsabilidad por el resultado objetivo – responsabilidad penal objetiva; superando la doctrina que establecía como pilar de la culpa el resultado lesivo, y en la que bastaba la afectación de un determinado bien jurídico para ser sancionado como delito culposos.²⁷

2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *Lex Artis* aplicables a la profesión.- Esta condición se halla ligada a los límites de la praxis médica, distintos en cada situación que, por su naturaleza, ameritan un procedimiento específico y cuyo desarrollo depende de la diligencia necesaria para asegurar un resultado no lesivo.

3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.- La muerte debe provenir directamente por la transgresión al deber objetivo de cuidado, y no producirse en virtud de circunstancias ajenas o hechos sobrevinientes que produzcan un resultado peligroso, a pesar del actuar diligente y apegado a los protocolos del médico. Se excluyen circunstancias tales como la muerte de un paciente intervenido que muere en un accidente de tránsito mientras es conducido por la ambulancia, o la

²⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2014). "La Mala Práctica Profesional". Visita 18 de septiembre de 2014 en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/24/la-mala-practica-profesional-en-el-coip>

muerte debida al actuar temerario o imprudente del propio paciente tras someterse a un procedimiento operatorio.

4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.- Esta previsión afianza el criterio de que la violación del deber objetivo de cuidado tiene que examinarse caso a caso, tomando en cuenta la diligencia en la actuación del médico, el grado de formación del profesional – pues “al que más sabe, más se le exige”²⁸ – y las situaciones particulares del caso y/o del paciente, determinando si se trataba de una circunstancia de emergencia o estado de necesidad en que la intervención del médico se realizó para evitar un resultado más gravoso que fuera fácilmente previsible.

Para la configuración del homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, se exige además del cumplimiento de las condiciones arriba mencionadas, la existencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Consecuentemente, debe existir un total desapego, negligencia, desconocimiento, culpa y falta de formación por parte del médico, para que éste sea sancionado. Más aún, a pesar de producirse estas circunstancias, se deberá probar no solo la relación de causalidad entre el acto médico y el resultado desfavorable, sino también que el resultado fatal se debió a la infracción al deber objetivo de cuidado.

²⁸ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso (2014). “La Mala Práctica Profesional”. Visita 18 de septiembre de 2014 en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/02/24/la-mala-practica-profesional-en-el-coip>

La normativa así prevista busca por un lado, proteger el derecho humano a la salud de todos los usuarios del sistema sanitario, afirmando la existencia de un conjunto de normas que regulan la praxis médica, y que deben ser respetadas por los profesionales sanitarios en la ejecución de sus servicios so pena de ser responsables no solo pecuniariamente por los daños y perjuicios que la falta al deber objetivo de cuidado originen, sino también responsables penalmente, con la consiguiente privación de la libertad. Por otro lado, al señalarse una serie de condicionamientos que deberán cumplirse en forma concurrente para determinarse la responsabilidad penal en contra de un profesional de la salud, se ha buscado garantizar una práctica libre y segura de la profesión, blindándoles de posibles acusaciones infundadas en las que no concurren las condiciones indicadas en la Ley.

IV. CONFLICTOS SANITARIOS Y ACUERDOS REPARATORIOS

Joaquín CAYÓN DE LAS CUEVAS²⁹ habla sobre la evidente necesidad de que una legislación cuente con *Alternative Dispute Resolutions* – ADR para temas de asistencia sanitaria, principalmente en casos que versen sobre tres temas primarios: **(i)** Conflictos por defectuosa asistencia sanitaria; **(ii)** Conflictos en materia de aseguramiento sanitario; y, **(iii)** Conflictos en materia de publicidad sanitaria. De acuerdo con el autor, la implementación de ADR es conveniente desde dos puntos de vista, principalmente:

²⁹ CAYÓN DE LAS CUEVAS Joaquín (2010). *Mediación Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Tomo II. Editorial Reus S.A.

Psicológico: Por el estrecho hilo entre la salud y la vida, es de prioridad para el ciudadano mantener su salud como bien jurídico en condiciones óptimas. Para una protección eficaz del correcto desenvolvimiento de las relaciones clínicas, es necesario contar con una herramienta de resolución extrajudicial que brinde confianza al paciente, en el aseguramiento de que contará con mecanismos sencillos y expeditos para hacer valer sus derechos.

Económico: En los supuestos de conflictos enunciados anteriormente, siempre que la naturaleza de la violación del derecho sea objeto de transacción, lo más conveniente para el afectado será utilizar el sistema extrajudicial y, eventualmente, llegar a un acuerdo reparatorio de índole económica que compense el daño sufrido.

Tal ha sido el ánimo del Código Orgánico Integral Penal – COIP al establecer las siguientes estipulaciones:

“Art. 662.- Normas generales.- El método alternativo de solución de conflictos se regirá por los principios generales determinados en este Código y en particular por las siguientes reglas:

- 1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima, del procesado. Tanto la víctima como el procesado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.*
- 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción.*
- 3. La participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.*

4. El incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.

5. Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto.

6. La víctima y el procesado tendrán derecho a consultar a una o un defensor público o privado.”

“Art. 663.- Conciliación.- La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos:

1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.

2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte.

3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.³⁰

En este orden de ideas, de consentirlo la víctima y siempre que no se trate de un delito que violente la vida, la integridad y la libertad personal con resultado de muerte, las infracciones en el ámbito del derecho sanitario pueden ser susceptibles de acuerdos

³⁰ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL-COIP, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

reparatorios. Ello evidentemente no aplicará al caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, debido a que la muerte del paciente es precisamente lo que lo configura, a pesar de que tanto el tipo simple como en el agravado no exceden la pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años que la ley permite para aplicar este tipo de acuerdos.

Quito D. M. / Madrid, octubre de 2014