

## El deber objetivo de Cuidado conforme al Reglamento y Ley del Ejercicio Profesional de los Anestesiólogos

*The objective duty of care under the Anesthesiologists' Professional Practice Act and Regulations*

Hamilton Jotyin Lama Tapia, Juan Carlos Pérez Ycaza

### RESUMEN

La infracción al deber objetivo de cuidado (IDOC) es una figura introducida en Ecuador en el 2014 con el COIP, con 4 requisitos concurrentes. Para las actuaciones de los Anestesiólogos es necesario evaluar conjuntamente: la ley y reglamento de la especialidad, las normas mínimas de seguridad de la CLASA y los documentos sobre “cirugía segura” de la OMS. Investigamos en este artículo si existe relación entre estas últimas normas y los requisitos mencionados. El objetivo es encontrar la antes mencionada relación y revisar su realidad procesal. Para ello realizamos análisis documental mediante lógica jurídica. Como resultado obtuvimos una correspondencia entre estas normas y los elementos de la IDOC, así como una ausencia de su consideración dentro de las sentencias evaluadas. Se concluye que, si bien son legalmente exigibles, estas normas no son siempre analizadas cuando se juzga una supuesta IDOC, por lo que es necesaria su incorporación al ámbito judicial.

**Palabras clave:** Derecho penal; Sentencia judicial; Derecho; Médico; Cirugía.

---

**Hamilton Jotyin Lama Tapia** 

Universidad Católica de Cuenca – Ecuador. hamilton.lama.30@est.ucacue.edu.ec

**Juan Carlos Pérez Ycaza** 

Universidad Católica de Cuenca – Ecuador. juan.perezy@ucacue.edu.ec

<http://doi.org/10.46652/resistances.v4i8.125>

ISSN 2737-6230

Vol. 4 No. 8 July-December 2023, e230125

Quito, Ecuador

Submitted: June 02, 2023

Accepted: August 20, 2023

Published: September 07, 2023

Continuous Publication

## ABSTRACT

The infraction of the objective duty of care (IODC) is a figure introduced in Ecuador in 2014 with the COIP, with 4 concurrent requirements. For the actions of Anesthesiologists, it is necessary to jointly evaluate: the law and regulations of the specialty, the minimum safety standards of CLASA and the documents on “safe surgery” of the WHO. We investigate in this article whether there is a relationship between the latter standards and the requirements. The objective is to find the relation and review its judicial reality. For this purpose, we carried out a documentary analysis using legal logic. As a result, we obtained a correspondence between these norms and the elements of the IODC, as well as an absence of their consideration within the evaluated sentences. It is concluded that although they are legally enforceable, these norms are not always analyzed when an alleged IODC is judged, which is why their incorporation into the judicial sphere is necessary.

**Keywords:** Criminal law; Judicial sentence; Law; Physician; Surgery.

## 1. Introducción

La figura penal de “homicidio culposo por mala práctica profesional” es una figura de reciente creación en el Ecuador (2014), razón por la cual no existe jurisprudencia anterior directamente evaluable para los casos en los cuales se juzgan estos casos, pues los casos ocurridos en actos semejantes eran juzgados bajo la figura de “homicidio intencional”, aplicable tanto a los casos de homicidio culposo ocurridos en actos profesionales como no profesionales.

La búsqueda de la vía penal para judicializar las actuaciones médicas se da, entre otros motivos, por la falta de una consolidada jurisprudencia civil respecto a daños morales de las pacientes víctimas de estos actos médicos, vía que podría ser una alternativa en estos casos, situación que se convierte en un círculo vicioso al acrecentarse continuamente la esfera penal en detrimento de la esfera civil (Santacruz Vélez et al., 2023, p. 356).

Una de las causas frecuentes de muerte relacionadas a actos médicos son las vinculadas a las actividades de los profesionales médicos de la especialidad de Anestesiología. La necesidad de contar con parámetros objetivos para evaluar estos casos hizo que el legislador estableciera la concurrencia de 4 elementos para determinar la existencia de infracción al deber objetivo de cuidado, en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Estos elementos se aplican también a los casos de lesiones culposas por mala práctica profesional sancionados en el artículo 152 del COIP.

El segundo de estos citados elementos que determinan la existencia de infracción a este deber, la inobservancia de la normativa aplicable nos remite necesariamente a normas jurídicas y técnicas específicas de la especialidad (además de las generales de la profesión médica). Entre estas están la Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos y su Reglamento, y citadas por

este último en su artículo 1: las Normas Mínimas de Seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA) (Galindo Arias et al., 2006, pp. 185-190).

Están también ligadas al cumplimiento en el trabajo del anestesiólogo las normas señaladas en el Acuerdo Ministerial 4449 publicado en el Registro Oficial el 24 de diciembre del 2013 en el que se dispuso el uso obligatorio en el sector salud (Red Pública de Salud y Complementaria) de los documentos: “Lista de verificación de la seguridad de la cirugía”; “Manual de aplicación de la lista OMS de verificación de la seguridad de la cirugía 2009”; y, “La cirugía segura salva vidas”.

En este trayecto lógico, por motivos de seguridad jurídica y de esquematizar el contenido normativo con relación al deber objetivo de cuidado, es requerido el análisis jurídico de la Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos (LEPMA) y su Reglamento (RLEPMA), así como de las normas técnicas contenidas en las citadas normas mínimas de la CLASA como las referidas de “cirugía segura” de la OMS (elevadas a rango normativo por el Acuerdo Ministerial 4449).

Así, el análisis propuesto justifica que, desde lo académico, se coadyuve a solucionar las quejas que otros artículos han planteado sobre la figura legal en Ecuador del homicidio culposo a cacusa de una mala práctica profesional de los médicos, planteamiento que ha señalado que este tipo de delito “no posee una normativa acorde a las necesidades que se encuentran involucradas en este tipo de delito y son estos vacíos los que afectan gravemente la toma de decisión justa para los implicados” (Paguay Ocampo, 2022, p. 124).

Concordamos con Paguay Ocampo respecto a que las inconsistencias en el marco normativo-jurídico alrededor de esta figura afectan el núcleo del Estado constitucional de derecho y justicia social, pero a la vez planteamos como alternativa la creación académica de guías para los juristas que discuten estos temas en las sedes judiciales sin esperar el requerido perfeccionamiento de este marco, que aunque reconocido como una necesidad urgente, no ha visto una solución pronta desde la creación del COIP (Paguay Ocampo, 2022).

A partir de lo anterior hemos considerado como objetivo de este trabajo analizar el alcance de los criterios de la infracción al deber objetivo de cuidados señalados en el artículo 146 del COIP en las normas específicas exigibles a la práctica de la especialidad de anestesiología en Ecuador y su aplicación en la práctica probatoria en sentencias penales. Como objetivos específicos hemos planteado caracterizar a partir de los antes mencionados criterios, los elementos correspondientes en Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos y su Reglamento, en Normas Mínimas de Seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA) y en los documentos sobre “cirugía segura” elevados a nivel de norma por el Acuerdo Ministerial 4449 del Ministerio de Salud Pública (MSP) publicado en el Registro Oficial el 24 de diciembre del 2013. Es también objetivo específico explorar y examinar en sentencias penales en

las que se debatió sobre el “deber objetivo de cuidado” si estas normas analizadas fueron consideradas como normas de cumplimiento obligatorio y por tanto base para justipreciar la infracción o no del “deber objetivo de cuidado” en los casos concreto.

### 1.1 Conceptual

La existencia de la infracción del deber objetivo de cuidado, como elemento básico para la determinación de la imprudencia médica en el campo penal conlleva que a su vez el juzgador considere también la parte subjetiva del actor sujeto a su juicio, en el que se apreciará no solo la ausencia de dolo (elemento negativo o de abstención de la conducta: no querer hacer daño; voluntad ausente) sino también que en el acto médico se denote una conducta activa en la realización de una conducta prohibida o la inacción ante una obligación normativa (elemento positivo de la conducta: actuación u omisión presente). Siempre estos 2 elementos de la parte subjetiva del actor son los que deben estar presentes para determinarse que se trata de una culpa en el homicidio causado por el acto médico (Vallejo-Jiménez, 2017, p. 59).

Esta parte subjetiva se decanta a partir de los hechos del caso y es apreciado por el juez cuando le son proporcionadas las pruebas de donde concluye la existencia necesariamente concurrente del elemento negativo y del elemento positivo, sin que exista una prueba directa de dicho elemento subjetivo. Por su parte el elemento objetivo del tipo penal tratado (artículo 146 del COIP) requiere un abordaje externo factual de los hechos, mismos que son analizados y presentados al Juez por el perito.

En Ecuador, el deber objetivo de cuidado ha sido establecido como la concurrencia de 4 elementos señalados en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal:

- a) El resultado dañoso (primer elemento) debe existir en conjunto con los otros tres elementos, ya que su existencia de manera aislada no es igual a la ocurrencia de infracción al deber objetivo de cuidado (deben por tanto estar presentes los otros 3 elementos).
- b) Debe haberse producido de parte del actor el incumplimiento de normas escritas aplicables a la profesión (leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *Lex Artis* aplicables a la profesión).
- c) Es la infracción al deber objetivo de cuidado la causa del daño producido, de manera directa. Este daño no es causado directamente por otras circunstancias que sean independientes a esa infracción ni simplemente conexas a dicha infracción.
- d) En cada caso particular se valorará la diligencia en el acto, el grado de la formación profesional del supuesto actor, las condiciones objetivas, la previsibilidad del resultado y cuán evitable fue el hecho. (COIP, art.146)

Uno de estos elementos concurrentes es el incumplimiento normativo que analizamos en este trabajo, el segundo de ellos citados en el Art. 146 del COIP: “2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.” Si bien este elemento debe concurrir con los otros 3, la mera inobservancia normativa podría ser considerada como una prueba indiciaria del presunto delito cometido en un caso específico. Esto es que el solo incumplimiento normativo del antes mencionado numeral 2 del artículo 146 de COIP, de manera autónoma que no es un delito en sí, pero devela el camino que pueden haber seguido las acciones u omisiones desde dicho cumplimiento normativo a la producción de un resultado dañoso, a manera de infracción objetiva del cuidado.

La doctrina jurídica nos ha señalado que, respecto al deber objetivo de cuidado, estudiado desde la perspectiva jurídica colombiana recientemente (Torres et al., 2022), en el marco de lo dispuesto como culpa en el artículo 23 del Código Adjetivo Penal de ese país (“La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”) que: Para la figura penal de “homicidio”, es necesario considerar que en el antes referido marco el resultado fatal es causado por el hecho de que el autor actuó con culpa penal, “esto es, sin intención o dolo, pero con imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia, de los reglamentos o de los deberes del cargo” (Torres et al., 2022, pp. 254-255) . De ahí que sea de suprema importancia para el proceso penal la demostración objetiva entre la conexión directa entre la conducta positiva o negativa del autor (el acto o la omisión), que transgredió la norma, y que el efecto de esto fue la muerte; esta demostración es la que realiza el perito médico a nivel fáctico.

Esta labor pericial, lejos de ser sencilla requiere que, en efecto, para efectos del alcance de las responsabilidades del equipo médico-asistencial, se cumpla durante la prestación de servicios médicos el “principio de confianza”, principio que conlleva que tanto de manera horizontal (compañeros de equipo), como de manera vertical (jerarquías de relación laboral), se cumplan con las obligaciones de la *Lex Artis* además de las restantes normas administrativas y/o civiles (Vallejo-Jiménez, 2017). Es decir, para que el trabajo pericial sea efectivo en términos de poder aislar el acto del Médico Anestesiólogo y determinar su actuación apegada a las normas es requerido que el resto de las acciones de los restantes actores en la prestación del servicio de salud sea correcta; caso contrario se afectaría el tercero de los 4 elementos del deber objetivo de cuidado.

Por otra parte, al momento de realizar esta pericia, el Médico Perito especialista en Anestesiología se ve obligado a tomar como referencia las “normas de seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA)” conforme se dispone en el artículo 1 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos:

Art. 1.- Concepto.-La anestesiología es una rama de la medicina y su práctica es un acto médico, ejercido por médicos especialistas anestesiólogos, que se complementan en una forma multidisciplinaria con otras especialidades médicas en el manejo integral de la salud.

Anestesiólogo, es el profesional graduado en medicina, en un centro superior universitario y que haya obtenido la especialidad en anestesiología según la Ley de Educación Superior y la Ley de Federación Médica, inscrito en el Ministerio de Salud y en el colegio médico provincial respectivo, siendo el único responsable y legalmente autorizado en el manejo y práctica de la especialidad, con el cumplimiento de las normas mínimas de seguridad para dicho ejercicio.

Se tomarán como referente y se aplicarán las normas mínimas de seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA) y avalizadas por el Ministerio de Salud Pública. (Negrillas agregadas) (Reglamento de Aplicación a la Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos, 2003).

Se une a esta exigencia normativa el cumplimiento de las normas establecidas en los documentos referentes a “cirugía segura” de la Organización Mundial de la Salud (OMS) del año 2019 conforme manda el Acuerdo Ministerial 4449 publicado en el Registro Oficial el 24 de diciembre del 2013 en el que se dispuso el uso obligatorio en el sector salud (Red Pública de Salud y Complementaria) de los documentos: “LISTA DE VERIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LA CIRUGÍA”; “MANUAL DE APLICACIÓN DE LA LISTA OMS DE VERIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LA CIRUGÍA 2009”; y, “LA CIRUGÍA SEGURA SALVA VIDAS”.

## 2. Metodología

Tipo de investigación: Este estudio, por sus características se clasifica como un estudio de tipo cualitativo, descriptivo, de análisis jurídico y exploratorio con metodología de estudio de casos.

### *Métodos, técnicas e instrumentos de investigación*

Mediante análisis jurídico se analizaron los elementos que componen el “deber objetivo de cuidado” conforme a lo que dispone el numeral 2 del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal. Este análisis se hizo a la luz del Código Orgánico Integral Penal, la Resolución No. 01-2014 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 246 de 15 de mayo de 2014, la jurisprudencia y la doctrina.

Se utilizó el análisis jurídico de cuerpos normativos seleccionados directamente aplicables y exigibles a la actividad del médico especialista en anestesiología propiamente. Mediante lógica jurídica se analiza en estos cuerpos normativos la correspondencia con los 4 elementos concur-

rentes que determinan la infracción al deber objetivo de cuidado conforme al art. 146 del COIP. Estas normas fueron tomadas del sistema informático “Fiel Web” y del buscador de “Catálogo de normas, políticas, reglamentos, protocolos, manuales, planes, guías y otros del MSP” accesible en la dirección de Internet: <https://acortar.link/kqrsmS>.

Se seleccionaron 3 sentencias penales en cuyos procesos de decisión la culpabilidad o ratificación de inocencia de 3 anestesiólogos diferentes, en las que se evaluó la existencia de la infracción al “deber objetivo de cuidado”. La primera de estas sentencias corresponde a meses anteriores de la entrada de vigencia del COIP, y por tanto juzgada con Ley anterior, mientras que la otras 2 corresponden una a lesiones culposas por mala práctica profesional (y por tanto juzgado bajo el 152 del COIP en correspondencia al Art. 146 de la misma norma), y la otra a un homicidio culposo por mala práctica profesional. El acceso a estas sentencias se hizo mediante el buscador de procesos del Consejo de la Judicatura: <https://procesosjudiciales.funcionjudicial.gob.ec/expel-busqueda-inteligente>.

## **2.2. Universo de estudio, tratamiento muestral y análisis de datos**

El objeto de estudio, en donde se analizará los elementos del “deber objetivo de cuidado fueron los siguientes cuerpos normativos:

- Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos (LEPMA).
- Reglamento a la Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos (RLEPMA).
- Las Normas Mínimas de Seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA), por ser citadas como referentes en el artículo uno (1) del RLEPMA.
- Los documentos señalados como de uso obligatorio en el sector salud (Red Pública de Salud y Complementaria) en el Acuerdo Ministerial 4449 publicado en el Registro Oficial el 24 de diciembre del 2013: “LISTA DE VERIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LA CIRUGÍA”; “MANUAL DE APLICACIÓN DE LA LISTA OMS DE VERIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LA CIRUGÍA 2009”; y, “LA CIRUGÍA SEGURA SALVA VIDAS”.

Se constató la inclusión o no del análisis de estas normas como fundamento de la composición del deber objetivo de cuidado en 2 (dos) sentencias penales emitidas en procesos penales por presunto homicidio culposo o de lesión culposa por mala práctica profesional, de casos que tuvieron como fundamento de derecho el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal o 152 del mismo pero referido a lesión culposa por mala práctica profesional, y en 1 (una) sentencia penal por homicidio intencional en el contexto de una prestación anestesiológica ocurrida antes de la vigencia del COIP.



### 3. Resultados

Presentamos los resultados en 2 partes, en la primera en el análisis de los 4 cuerpos normativos estudiados, mismos que son regulatorios directos de la actividad anestesiológica o de índole técnica, pero mandatorios por ley secundaria; y una segunda parte en la presentamos 3 sentencias en las cuales se analiza el cumplimiento o incumplimiento del deber objetivo de cuidado.

#### 3.1. Primero.–Cuerpos normativos analizados

El artículo 146 del COIP contiene las normas para determinar infracción al deber objetivo de cuidado, a partir de las cuales analizamos los cuerpos legales, mismas que señalan que: Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

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

RESULTADOS DEL ANALISIS DEL REGLAMENTO A LA LEY DE EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS ANESTESIOLOGOS EN CUANTO AL CONTENIDO DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO DETERMINADO EN EL ART. 146 DEL COIP. -

Este cuerpo normativo publicado en el Registro Oficial No. 237, 22 de diciembre 2003 contiene 6 artículos, una disposición transitoria y una disposición final. Los resultados del análisis contrastado entre este reglamento y los elementos concurrentes señalados en el artículo 146 del COIP.

RESULTADOS DEL ANALISIS DE LAS NORMAS MÍNIMAS DE SEGURIDAD EMITIDAS POR LA CONFEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE SOCIEDADES DE ANESTESIOLOGÍA (CLASA), CITADAS EN EL ARTÍCULO UNO (1) DEL RLEPMA, EN CUANTO AL CONTENIDO DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO DETERMINADO EN EL ART. 146 DEL COIP. -

Las Normas Mínimas de Seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA), son señaladas en el artículo uno (1) de a RLEPMA como referente para ser aplicadas por los médicos especialistas en anestesiología; sin embargo, se señala “y avalizadas por el Ministerio de Salud Pública”. De la revisión sistemática realizada en las bases de datos de normativas del Ministerio de Salud, accesibles vía web (<https://www.salud.gob.ec/cata->



logo-de-normas-politicas-reglamentos-protocolos-manuales-planeguias-y-otros-del-msp/), no se encuentra que formalmente dichas normas hayan sido avalizadas por el MSP; tampoco se encuentra información de dicho aval en el servicio de información legal “Fiel Web”, ni en el buscador del Registro oficial del Ecuador (<https://www.registroficial.gob.ec/>).

RESULTADOS DEL ANALISIS DEL ACUERDO MINISTERIAL 4449 Y VIGENTES DESDE SU PUBLICACIÓN EN EL REGISTRO OFICIAL EL 24 DE DICIEMBRE DEL 2013 EN CUANTO AL CONTENIDO DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO DETERMINADO EN EL ART. 146 DEL COIP. -

Este acuerdo ministerial en su artículo 2 eleva a nivel de normativa del Ministerio de Salud Pública para el Sistema Nacional de Salud (Red Pública de Salud y Red Complementaria) a la “LISTA DE VERIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LA CIRUGÍA”; al “MANUAL DE APLICACIÓN DE LA LISTA OMS DE VERIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LA CIRUGÍA 2009”; y a “LA CIRUGÍA SEGURA SALVA VIDAS”; con la disposición de que sean aplicados obligatoriamente a nivel nacional.

Por tanto, si bien existe una obligación expresa de cumplimiento de esta normativa, esta normativa a su vez obliga a que se cumpla la mencionada lista de verificación cuya forma de aplicación se encuentra detallada en el manual citado.

### **3.2. Segundo. –Sentencias analizadas**

A efectos de analizar si el deber objetivo de cuidado, en cuanto al cumplimiento de: “Lista de Verificación de la Seguridad de la Cirugía”, “Manual de Aplicación de la Lista OMS de Verificación de la Seguridad de la Cirugía 2009”; y “La Cirugía Segura Salva Vidas”; así como de las “Las Normas Mínimas de Seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA)”, hemos seleccionado 3 sentencias de primera instancia judicial penal ecuatoriana en la que se decide la situación jurídica de 3 diferentes anestesiólogos. En dichas sentencias el centro de la decisión es la evaluación del cumplimiento del deber objetivo de cuidado para crear una relación causa-consecuencia por su supuesto incumplimiento; mismo que habría llevado a un efecto adverso susceptible de sanción penal.

Se seleccionó en primer lugar una sentencia de un hecho sucedido previo a la vigencia del COIP en la que se evaluó si el hecho correspondía a un homicidio inintencional provocado por el incumplimiento del deber objetivo de cuidado de parte del anestesiólogo. Esta sentencia corresponde al proceso 1045120120060, y la misma sirve como parámetro del seguimiento evolutivo de la aplicación de esta figura, y revisar si en la misma se analizó o no las normas técnicas sobre las cuales versa este trabajo.

La segunda sentencia corresponde al proceso 17294201701300, ya con la vigencia del COIP, en la cual se decide la culpabilidad de una anestesióloga por lesiones culposas por mala práctica profesional. Esta sentencia fue seleccionada porque el tipo penal que reprime esta conducta, descrito en el artículo 152 del COIP, remite para la evaluación del deber objetivo de cuidado a lo determinado en el artículo 146 del mismo cuerpo legal; sentencia de interés para visibilizar la aplicación de esta figura jurídica en casos diferentes al homicidio culposo por mala práctica profesional.

La tercera sentencia corresponde al proceso 05151201800171, ya con el COIP en vigencia, en la cual se juzga la conducta de una anestesióloga por supuesto homicidio culposo por mala práctica profesional (Art. 146 COIP). Se evalúa aquí la infracción del deber objetivo del cuidado como obligación que debía cumplir la anestesióloga y la relación causal de sus actos con el fallecimiento de la paciente.

### 3.3. Sentencias en su orden cronológico

SENTENCIA EMITIDA EL 26 DE OCTUBRE DE 2015 A LAS 08:58 POR EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE IMBABURA CON SEDE EN EL CANTÓN IBARRA EN EL PROCESO 1045120120060

Sentencia que resuelve en primera instancia la situación jurídica del Dr. OJCP, especialista en Urología y del Dr. MATG especialista en Anestesiología por el presunto delito de homicidio intencional tipificado en el artículo 459 y sancionado en el artículo 460 del Código Penal, cuerpos legales vigentes al momento del presunto cometimiento de la infracción. La acusación versa sobre la acusación de culpabilidad por la muerte de un menor de edad de 10 años en el postoperatorio de una cirugía de circuncisión por fimosis prepucial, acaecida el 4 de febrero del 2014, antes de la entrada en vigor del COIP, y a pocos días de haber sido publicada en el Registro Oficial.

Pericialmente la causa de muerte no pudo ser determinada por la Médico Forense que realizó la autopsia por falta de información al momento de emitir su informe (no se le había entregado el resultado de los estudios histopatológicos), mientras que la perito en histopatología, a partir de las muestras de tejido remitido concluyó que dichos tejidos correspondían a una “Hipoxemia postanestésica”, más no a un shock anafiláctico (que era la otra hipótesis, sin que haya podido determinar si aquello correspondió a efecto anestésico).

Si bien en la sentencia reposan la exposición de Médicos especialistas en Anestesiología, Médicos Legistas, y otros profesionales de la salud, en las pruebas practicadas en audiencia no consta que se haya realizado una constatación del cumplimiento del “deber objetivo de cuidado” (figura jurídica que se cita y analiza en la sentencia) a partir de la verificación de las normas mínimas de seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLA-

SA), señaladas como referentes en el RLEPMA Reglamento a la Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos en su artículo 1, ya vigente a la fecha del suceso.

Tampoco consta en la sentencia la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en los documentos “LISTA DE VERIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LA CIRUGÍA”; “MANUAL DE APLICACIÓN DE LA LISTA OMS DE VERIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LA CIRUGÍA 2009”; y, “LA CIRUGÍA SEGURA SALVA VIDAS”, elaborados por la Organización Mundial de la Salud y adoptados por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador como instrumentos obligatorios para toda la Red Pública de Salud y Red Complementaria de Salud mediante acuerdo ministerial 4449 y vigentes desde su publicación en el Registro Oficial el 24 de diciembre del 2013.

SENTENCIA EMITIDA EL 6 DE JUNIO DEL 2019 A LAS 09H54, POR EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA EN EL PROCESO 17294201701300

Esta sentencia resuelve en primera instancia la situación jurídica de la Médica Especialista en Anestesiología JRPC, por lesiones culposas por mala práctica profesional, delito sancionado por el artículo 152 del COIP, en la persona de una menor edad (1 año 11 meses); hecho ocurrido el día 9 de octubre del 2014 a las 08H30 am en las instalaciones del Hospital Baca Ortiz, de la ciudad de Quito la niña en donde fue intervenida en quirófano por parte de una odontóloga para realizar en ella un tratamiento dental integral por caries.

Conforme se plantea y analiza en la sentencia el procedimiento se realizó bajo anestesia general, y durante el mismo se produjo paro cardio pulmonar que generó una hipoxia cerebral, que condujo finalmente a una parálisis cerebral, con discapacidad del 100% al ser una discapacidad definitiva y permanente. Si bien en esta sentencia se determinó el uso correcto de los fármacos requeridos para la anestesia, en la misma se debate sobre si hubo los equipos disponibles en el quirófano y si fueron utilizados por la anestesióloga; estos elementos sin embargo son periféricos al debate central de la sentencia en la cual se analiza el efecto de que la Médica haya salido del quirófano cuando estaba realizándose el procedimiento, para buscar una medicación en una bodega localizada fuera del quirófano. Durante el tiempo en que estuvo fuera, según se señala la sentencia, la menor sufrió de hipoxia, misma que tuvo las arriba mencionadas consecuencias lesivas para la menor.

En esta sentencia se centra en el cumplimiento del deber objetivo de cuidado y la *lex artis* de parte de la anestesióloga, sin embargo, no se presenta por las partes, ni se hace referencia de parte del Juez, el cumplimiento de las normas mínimas de seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA), señaladas como referentes en el RLEPMA en su artículo 1, ya vigente a la fecha de los hechos. Tampoco se analiza el cumplimiento del acuerdo ministerial 4449 (Cirugía Segura), vigente desde su publicación en el Registro Oficial el 24 de diciembre del 2013.

SENTENCIA EMITIDA EL 18 DE NOVIEMBRE DEL 2022 A LAS 14:47 POR EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE COTOPAXI EN EL PROCESO 05151201800171.

La sentencia citada resuelve en primera instancia el juicio seguido contra la ciudadana, AEHT, especialista en Anestesiología, por el cometimiento del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, sancionado por el Art. 146 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, en la persona de una ciudadana mayor de edad ocurrido el día 10 de marzo del 2018.

Se refiere en los hechos la ocurrencia de un procedimiento de lipoescultura llevado a cabo por los procesados en la causa en la cual AEHT participó como anestesióloga. Conforme a lo relatado en la sentencia en la cirugía fue provocada una hemorragia interna, causada esta por lesiones vasculares transoperatorias mediante las cánulas de liposucción que penetraron en tres regiones anatómicas, siendo dos de las cuales las que penetraron el páncreas e hígado de la víctima. La hemorragia interna conllevó a un shock hipovolémico que fue finalmente la causa de la muerte, conforme se recoge en la sentencia.

En esta sentencia se analiza el rol de la anestesióloga en el control de los parámetros de los equipos monitores para alertar tempranamente de un shock hipovolémico, así como el estado de dichos equipos, la causa de la muerte y otros elementos adyacentes. En consideración a que la causa de la muerte es quirúrgica y no anestesiológica, se ratificó el estado de inocencia.

En la sentencia se recogen las pruebas practicadas en el juicio, en donde con la intervención de varios expertos se hace un análisis detallado del rol del personal quirúrgico durante una cirugía. Sin embargo, a pesar de que se realiza un análisis de la figura del deber objetivo de cuidado conforme al artículo 146 del COIP, no se analizó ni el cumplimiento de las normas mínimas de seguridad emitidas por la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (CLASA), señaladas como referentes en el RLEPMA en su artículo 1, exigible a dicha fecha, así como tampoco se analiza el cumplimiento del acuerdo ministerial 4449 (Cirugía Segura), exigible desde su publicación en el Registro Oficial el 24 de diciembre del 2013.

## 5. Conclusión

Los elementos concurrentes de la infracción al deber objetivo de cuidado señalados en el Art. 146 del COIP pueden (y deben) ser analizados desde la evaluación del cumplimiento de las normas aquí estudiadas, al ser normas específicas de la especialidad de anestesiología. Este abordaje garantiza el derecho constitucional a la seguridad jurídica y provee a los especialistas de anestesiología una guía normativa obligatoria mínima para la prevención del riesgo legal de su profesión.

Se encontró que las normas técnicas obligatorias (normas de la CLASA y normas de la OMS), corresponde a los años 2006 y 2009, por lo que en consideración a los avances tecnológicos y los

aprendizajes por su puesta en marcha se evalúe su real adecuación a la realidad mundial y local en este ámbito.

En las sentencias analizadas no hay una evaluación específica del deber objetivo de cuidado basado en las normas directamente aplicables y exigibles en el Ecuador para la seguridad de la anestesia (normas de la CLASA y normas de la OMS para la cirugía segura). La sola existencia de al menos una sentencia en las que esto no se cumplió nos lleva a concluir que no es universal su evaluación en las sentencias en las que se analiza los 4 elementos concurrentes de la infracción al deber objetivo de cuidado señalados en el Art. 146 del COIP.

Se sugiere dar a conocer a los operadores de justicia de la existencia de modernas técnicas de auditoría médica y de peritajes en esta materia en la cual se evalúe el cumplimiento de las normas técnicas que corresponden al caso. Un modelo de evaluación en sentencia de estas normas técnicas en correspondencia a lo dispuesto en el COIP para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado ayudaría al mejor desarrollo de la Justicia y a la objetividad en la evaluación de estos casos.

## Referencias

- Alfonso González, I., Romero Fernández, A. J., Latorre Tapia, F., Camaño Carballo, L., Alfonso González, I., Romero Fernández, A. J., Latorre Tapia, F., & Camaño Carballo, L. (2021). La mala práctica médica y sus consecuencias legales en Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(6), 526–530.
- Benavides Benalcázar, M. M., Crespo-Berti, L. A., & Benavides Morillo, R. A. (2021). Aplicación de la imputación a la víctima en el delito de homicidio culposo. *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 9(esp.), 1–22. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.2990>
- Escobar, I. C., & Morejón, C. de D. S. (2020). ¿Lista de verificación quirúrgica o estándares de seguridad anestésica? *Acta Médica*, 21(1). <https://revactamedica.sld.cu/index.php/act/article/view/19/html>
- Galindo Arias, M., Carrillo Cifuentes, R., Giralgo, J. C., Ibarra Murcia, P., Niño de Mejía, C., & Robledo, B. (2006). Normas mínimas de seguridad en Anestesiología CLASA–SCARE 2006. *Colombian Journal of Anesthesiology*, 34(3), 185–190.
- Reglamento de Aplicación a la Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos Anestesiólogos, Pub. L. No. RO 237, Decreto 1169 (Registro Oficial 237, 22-XII-2003) (2003).
- Paguay Ocampo, M. P. (2022). El homicidio culposo por mala práctica médica en el Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 5(S1), 114–127. <https://doi.org/10.51247/st.v5iS1.237>
- Palencia Núñez, M. R. (2017). *Presupuestos para el redimensionamiento teórico del deber objetivo de cuidado en Ecuador*. Universidad de La Habana.
- Perin, A. (2019). Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8(1), 3-28. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2019.52560>

- Real Academia Española. (s/f). Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ) [en línea]. <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>
- Santacruz Vélez, M. A., Carlos, J., Pacheco, Á., Ycaza, P., Hernando, S., Galvis, C., Vélez, S., & Pérez Ycaza, J. C. (2023). Responsabilidad médica por mala praxis, análisis en la Educación de Médicos y Abogados del Ecuador. *Revista Conrado*, 19(91), 350–357. <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/2964>
- Torres, G. E. P., Aguiar, J. S. C., & Malavé, A. G. (2022). Homicidio culposo. En J.M Bosch, *Derecho penal especial* (pp. 251–276). <http://www.jstor.org/stable/j.ctv2zp4sqk.16>
- Vallejo-Jiménez, G. A. (2017). Alcances del Principio de Confianza en la Actividad Médica. *Revista Colombiana de Anestesiología*, 45(2), 58–63.

## AUTORES

Hamilton Jotyin Lama Tapia. Especialista en Anestesiología. Médico de Staff del Hospital Clínica Kennedy. Presidente de la Sociedad de Anestesiología del Guayas (S.A.G.).

Juan Carlos Pérez Ycaza. Doctor en Medicina y Cirugía, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Magíster en Gerencia Hospitalaria. Máster of Business Administration. Máster en Neurociencias y Biología del Comportamiento. Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Experiencia en peritajes legales de responsabilidad médica.

## DECLARACIÓN

### Conflicto de interés

No tenemos ningún conflicto de interés que declarar.

### Financiamiento

Sin ayuda financiera de partes ajenas a este artículo

### Notas

El artículo no ha sido enviado ni publicado anteriormente.