

El peritaje médico legal por mala práctica médica. Enfoque de la realidad ecuatoriana

Medical-legal expertise for medical malpractice. Approach to the Ecuadorian reality

Edwin Gabriel Díaz Loor, Juan Carlos Pérez Ycaza

RESUMEN

Las denuncias por responsabilidad médica en Ecuador se incrementaron en la última década a raíz de la penalización de la mala práctica profesional establecida en el Código Orgánico Integral Penal; la investigación es compleja y el peritaje médico legal se convierte en una pieza fundamental en el conflicto. Aquí analizamos 10 informes periciales de casos de mala práctica médica en Ecuador, se analiza la legislación ecuatoriana y revisión de la literatura referente al tema. Se identificó la falta de protocolos o guías de procedimientos, los informes no cuentan con estructura y es el resultado de la discrecionalidad del perito designado. Se propone un protocolo de actuación pericial que facilitará la actividad del perito y mayor objetividad en la investigación. **Palabras claves:** Mala práctica médica; responsabilidad; peritaje medicolegal; vulneración de derechos; protocolo.

Edwin Gabriel Díaz Loor 

Universidad Católica de Cuenca – Ecuador. edwin.diaz.74@est.ucacue.edu.ec

Juan Carlos Pérez Ycaza 

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

<http://doi.org/10.46652/resistances.v4i8.126>
ISSN 2737-6230
Vol. 4 No. 8 July-December 2023, e230126
Quito, Ecuador

Submitted: June 09, 2023
Accepted: August 26, 2023
Published: September 10, 2023
Continuous Publication



ABSTRACT

Complaints for medical liability in Ecuador have increased in the last decade as a result of the criminalization of professional malpractice established in the Comprehensive Organic Criminal Code; the investigation is complex, and the legal medical expertise becomes a fundamental piece in the conflict. 10 expert reports of cases of medical malpractice in Ecuador are reviewed, Ecuadorian legislation is analyzed and the literature on the subject is reviewed. The lack of protocols or procedural guides was identified, the reports do not have a structure and are the result of the discretion of the designated expert. An expert action protocol is proposed that will facilitate the activity of the expert and greater objectivity in the investigation.

Keywords: Medical malpractice; responsibility; medicolegal expertise; violation of rights; protocol.

1. Introducción

Desde siempre la actividad médica ha sido motivo de debates y controversias, en lo jurídico y en el mismo campo de la salud. La historia demuestra que el médico fue y es llamado a colaborar con la justicia en temas relacionados con su propia labor.

En Ecuador múltiples fueron las manifestaciones de rechazo a la tipificación como delito penal al homicidio y lesiones culposas por mala práctica profesional prescritas en los artículos 146 y 152 del Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014), por parte de los diferentes gremios de la salud, especialmente médicos, quienes consideraron que dichas disposiciones son discriminatorias y persecutorias y que los operadores y administradores de justicia no garantizaban una investigación objetiva e imparcial al momento de valorar jurídicamente la conducta del médico.

Ante estos hechos la Corte Nacional de Justicia, como alcance al Art. 146, en resolución aclaratoria N° 1-2014, dejó establecido que el homicidio culposo por mala práctica profesional se lo establece por la inobservancia al deber objetivo de cuidado y por la concurrencia de las acciones innecesaria, peligrosas e ilegítimas. Sobre el procedimiento a seguir en la investigación no se pronunció más allá de lo prescrito en la misma norma sobre los medios probatorios en materia penal, el documento, el testimonio y la pericia (COIP, Art. 498) y lo establecido en el último inciso del Art. 511 (La Pericia), sobre la terna de peritos especialistas.

El Art. 76 de la Constitución (2008), establece que “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...”. Por su parte en el COIP (2014), se establece que “... para los casos de mala práctica profesional la o el fiscal solicitará una terna de profesionales con la especialidad correspondiente al organismo rector de la materia...” (Art. 511); es decir, que, para la investigación de la conducta del médico, la terna de profesionales designada vendrá del Ministerio de Salud Pública (órgano rector en salud), lo que

contradice de manera expresa lo establecido en el numeral 1 del mismo Artículo (511), que indica que el profesional debe ser perito acreditado por el Consejo Nacional de la Judicatura.

De acuerdo con esta norma, la investigación penal por mala práctica profesional (lesiones y homicidio) establece dos tipos de peritajes medicolegales, el primero que lo realiza el perito médico legista (forense), mediante su diagnóstico de lesiones y/o causa de muerte, el segundo peritaje lo realizará la terna de profesionales especialistas, los mismos que se pronunciarán sobre la responsabilidad del o los médicos procesados.

El perito médico legista cuenta con la calificación y la constante evaluación por parte del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) que garantiza idoneidad, imparcialidad y objetividad en sus informes, aplica los protocolos establecidos para cada peritaje.

Por su parte los profesionales especialistas cuentan con el conocimiento específico, pero así mismo desconoce el arte de peritar, informar y sustentar los informes lo cual tampoco garantiza resultados, pues, sus conocimientos altamente técnicos y específicos son el origen de informes colmados de tecnicismo, discrecionalidad, sin una guía o protocolo necesarios en su elaboración, muchos con ambigüedades, confusos y contradictorios todo lo cual no asegura claridad ni objetividad en sus informes.

Así mismo en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2016), exige al perito la especialidad en litigio y no demanda su acreditación en el CNJ (en caso de no existir especialista acreditado).

Estas contradicciones en el proceso penal y civil sobre la acreditación del perito ponen en riesgo la objetividad de esta prueba.

La valoración de la prueba pericial en asuntos de mala práctica profesional en medicina es trascendental para esclarecer la existencia de la infracción por parte de los prestadores del servicio médico (Gómez, 2016, p. 89). El procedimiento en la investigación por responsabilidad médica difiere en el campo penal y en el campo civil; y esta falta de uniformidad en la investigación pericial genera desconfianza e inseguridad en el sistema jurídico.

Por tratarse de delitos en asuntos técnicos y de especialidad, se hace necesario y obligatorio la intervención de peritos en cuyos hombros descansará la mayor responsabilidad al momento de juzgar.

La falta de uniformidad en la investigación pericial en procesos por mala práctica profesional no garantiza objetividad en la investigación y decisión judicial con la consiguiente vulneración al debido proceso, a la defensa y a la tutela jurídica efectiva de las partes (médico y paciente). El perito “*médico legal*” (forense) y el perito de “*especialidad*” más allá de no complementarse el uno al otro, en muchos casos caen en contradicción, lo cual no aporta en esclarecimiento del hecho.

Es muy poco lo publicado respecto al procedimiento en la investigación pericial en delitos por responsabilidad médica; tampoco la Judicatura, la Fiscalía General del Estado, las sociedades científicas ni los colegios de profesionales en salud cuentan con protocolos, guías o manuales de cómo peritar en este tipo de conflictos quedando esta actividad al criterio y discrecionalidad de los profesionales médicos designados (peritos) para esta tarea, sin contar que tampoco se cuenta con estándares e indicadores de control y evaluación de la calidad de informes periciales en mal praxis médica.

En este sentido, Espín (2016), señala:

...con la vigencia del tipo penal en mención, se identificó que existe una reducida producción nacional de estudios sobre el delito imprudente y, todavía en menor cantidad, sobre la responsabilidad penal en la práctica profesional médica que permita brindar una guía a jueces, fiscales y abogados sobre los alcances de esta problemática penal. (p. 3)

En el presente documento analizamos la situación actual de la investigación pericial en el campo penal, en delitos por mala práctica médica en Ecuador, evidenciar aspectos relevantes que inciden en las decisiones del juzgador y demostrar que estas decisiones podrían vulnerar derechos.

Nuestra propuesta es la creación de un modelo o protocolo de peritaje medicolegal basado en estándares aprobados por la comunidad científica y que les permita a los profesionales manejar procedimientos unificados que aseguren decisiones objetivas, justas e imparciales por jueces debidamente informados.

2. Metodología

La presente investigación por su enfoque fue de tipo cualitativa, descriptiva, observacional y de corte transversal. Se analizaron 10 informes periciales seleccionados aleatoriamente de casos investigados y procesados por mala práctica profesional y que al momento se encuentran sentenciados, archivados o con sobreseimiento y que son de libre acceso a través de la página de la Judicatura de Ecuador (<https://procesosjudiciales.funcionjudicial.gob.ec/expel-busqueda-inteligente>). Para ello se seleccionaron, de manera aleatoria, diez expedientes de procesos que se dieron entre el 2015 y 2020. Se describieron número de causa, especialidad en conflicto, especialidad de los peritos (terna) designados, calidad del informe y sustentación de este en audiencia en los casos que se llegó a ella; la manera de contrastar la información con la literatura médica o medicina basada en evidencia o se trata solamente de criterios basados en la apreciación del perito. (Ver tabla 1).

Tabla 1. Distribución de procesos judiciales por mala práctica profesional.

Nº	CAUSA	EXPEDIENTE FISCAL	DELITO	ESPECIALIDAD EN CONFLICTO	ESPECIALIDAD DEL PERITO	ESTADO
1	13284-2016-00831	130901815070182	Homicidio culposo por mala práctica profesional	Hematología	Traumatólogo Laboratorio Clínico Patólogo clínico	Sentencia condenatoria
2	13282-2021-00082	130301819100042	Homicidio culposo por mala práctica médica	Cirugía General	Médico General Médico Legista Cirujano general	Sobreseimiento
3	13284-2015-01101	130901815050335	Homicidio culposo por mala práctica médica	Urología	Médico legista (1)	Sobreseimiento
4	13284-2018-00107	130901816070119	Homicidio culposo por mala práctica médica	Obstetricia	Médico legista (1)	Sobreseimiento
5	13284-2020-03407	130801818050431	Homicidio culposo por mala práctica médica	Cirugía General y Gastroenterología	Cirujano general (1)	Sobreseimiento
6	13284-2019-04255	130901818050283	Homicidio culposo por mala práctica médica	Obstetricia	Ginecólogo/obstetra	Sobreseimiento
7	13284-2015-03115	130901815040029	Lesiones por mala práctica médica	Traumatología	Médico legista	Sentencia condenatoria
8	13284-2018-00007	130901817020305	Homicidio culposo por mala práctica médica	Otorrinolaringología Cirugía Plástica	Médico Legista	Sentencia condenatoria
9	13283-2017-01777		Homicidio culposo por mala práctica médica	Ginecología/obstetricia	Ginecólogo/obstetra	Sentencia condenatoria
10	03283202200591G		Lesiones por mala práctica médica	Gastroenterología	Gastroenterología Infectología Medicina Interna	Archivo de la investigación previa

Fuente: Consejo Nacional de la Judicatura.

Se analizó la normativa vigente, Constitución de la República de Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico General de Proceso, Reglamento de Peritaje Integral, formularios de peritajes y protocolos de peritajes publicados por la Fiscalía General del Estado y Consejo Nacional de la Judicatura, indicadores y estándares de calidad nacional e internacional.

De cada uno de los informes se analizó la parte pertinente relacionada con: 1) Tipo de proceso (penal o civil), 2) En el caso penal, informes de la terna designada y en lo civil al o a los informes del perito o peritos solicitados. 3) Especialidad médica en conflicto, 4) Especialidad médica del o de los peritos y tipo de acreditación (especialidad en la que está acreditado), 5) Calidad de la información (objetividad en la apreciación y claridad en los criterios).

Los criterios de exclusión en el presente estudio fueron los casos investigados con el sistema procesal penal antes de la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal (COIP), aquellos casos que no contaban con informes periciales y los casos que aún se encuentran en proceso o pendientes de sentencias.

3. Resultados

Todos los casos corresponden al campo de la medicina (ginecología 3, traumatología 1, cirugía general 2, hematología 1 y cirugía plástica 3), 8 casos (80%) por delitos de homicidio culposo por mala práctica profesional y dos (20%) por lesiones del mismo origen (mala práctica profesional).

Ninguno de los casos analizados presenta recursos pendientes, 4 casos (40%) con sentencias condenatorias, 5 (50%) con sobreseimiento y un caso (10%) con archivo de la investigación previa. En 4 casos (40%), los peritos designados fueron médicos forenses (legistas) y en 3 casos (30%) fue designada una terna. Siete casos contaron con la intervención de un solo perito (no una terna), de estos, tres fueron de la misma especialidad y en los cuatro casos restantes fueron designados como perito un médico legista (forense).

Ninguno de los informes analizados estuvo guiado por un protocolo emitido por la Judicatura, Fiscalía u otro organismo, como sí lo hay para otro tipo de investigaciones (sexual, lesiones, violencia de género, muertes), esto conforme a la ausencia de dicha información en los informes. No todos los criterios emitidos por los peritos estuvieron referenciados en protocolos, consensos o revisiones sistemáticas que los fundamenten (falta de fundamentación científica), sino que prevaleció el criterio del perito sin el contraste pertinente, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 6 del COIP, el mismo que reza:

El informe pericial deberá contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma. (Lo subrayado nos pertenece).

En este sentido Gómez (2016), menciona que:

El carácter científico del conocimiento experto debería satisfacer las siguientes características, es decir: estar probado y sujeto a medios de refutabilidad, haberse publicado y sometido a revisión de pares, expresar sus márgenes de error,

los criterios de control de las operaciones técnicas y ser generalmente aceptado por la comunidad científica. (p. 90)

En los casos en los cuales los médicos legistas fueron los peritos designados, ninguno de estos solicitó interconsulta a un profesional de la especialidad en conflicto que le hubiese permitido mayor objetividad al momento de dictaminar; así mismo, ninguno de los informes presentó uniformidad en su estructura como objeto del peritaje, metodología, nexo de causalidad, etc.

El objeto del peritaje es el asunto o asuntos que la autoridad solicita deben ser aclarados por el perito, factor importante para que este no divague en asuntos que no tienen relación con lo investigado. Importante también es dejar señalada la metodología a seguir en cada peritaje, la técnica utilizada, medios de diagnóstico, fuentes del informe, entrevistas, documentos analizados y que la información obtenida sea contrastada con la doctrina médica actualizada al momento de ocurrido el hecho investigado.

Sobre el formato del informe, según el Artículo 23 del Reglamento del Sistema Pericial Integral del Consejo Nacional de la Judicatura, establece:

El formato del informe pericial con los requisitos mínimos del mismo constará en el módulo de peritos del sistema informático Pericial del Consejo de la Judicatura a efectos de que pueda ser descargado, conocido, estudiado y utilizado por las y los interesados. (art. 23)

Al respecto, no existe formato o protocolo alguno publicado por la Judicatura ni la Fiscalía General del Estado sobre el peritaje médico legal en procesos por mala práctica médica.

4. Discusión

Una de las tareas más difíciles y complejas para el juzgador es la valoración de la prueba en delitos por responsabilidad médica. En la Constitución de la República del Ecuador (2008) se indica que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo” (Art. 168, p. 6).

La normativa ecuatoriana dispone que el juez llegará a conocer y a decidir a través de los tres medios probatorios, el testimonio, la pericia y el documento (COIP, 2014, art. 498) (COGEP, 2015, art. 174, 193, 220), y adquiere el grado de prueba en la audiencia de juzgamiento. La introducción de la información científica en este tipo de infracciones se lo realiza a través del informe pericial (La Pericia) o a través de otros documentos con los cuales el juez ponderará y decidirá, criterio que debe quedar plasmado de esta manera, pues “estudios en torno a la aplicación Daubert señalan que

el 96% de los jueces en Estados Unidos no han sido instruidos en los métodos y estándares científicos”, realidad que consideramos no muy alejada en nuestro medio (Gómez 2016, p. 92).

Cuando de responsabilidad se habla en el campo de la salud, se entiende como la obligación que tiene el prestador de salud con el paciente o usuario de tratar de mejorar o restablecer su salud, no la de curar; a este objetivo se llegará mediante la aplicación del llamado estándar de cuidado o el estado del arte en la medicina (Ferrara, 2013, p. 541).

Es considerable lo publicado, comentado y criticado sobre la penalización de la actividad médica en el Ecuador (COIP, 2014), unos en contra y otros a favor, el juez valorará de acuerdo con la información proporcionada a través de los medios probatorios, en especial la pericia, bajo la sana crítica y más allá de la duda razonable.

De este criterio se originan varios interrogantes que debemos considerar: ¿está el juez en capacidad de decidir sobre un tema que no es de su dominio y que la única manera de llegar a él es a través de la opinión de un tercero, el perito médico?, ¿está el perito médico capacitado para actuar e informar de manera imparcial y objetiva sobre un asunto que es de su dominio pero que lo debe hacer en un ambiente que para él es desconocido, el judicial?, ¿dispone el perito médico de las herramientas necesarias indispensables para llegar a informar de manera objetiva e imparcial, de tal forma que su criterio aporte a la resolución del conflicto?, ¿qué tanto influye la información científica emitida por el perito médico en las resoluciones del juez?, ¿existe un estándar, protocolo, guía o *lex artis* pericial que le permita al perito realiza su trabajo y que su producto garantice los derechos de la partes?

En relación con la primera interrogante, la investigación en casos de responsabilidad médica la carga probatoria la tiene el peritaje médico legal y el juez colocará su mayor atención en ella, su decisión en gran medida estará sujeta al contenido del informe y a la defensa de este en audiencia. En este mismo aspecto, el juez no está capacitado para conocer y diferenciar entre una ciencia buena y una ciencia mala.

Por otro lado, el peritaje en casos de mala práctica médica está a cargo de médicos especialistas sin la formación pericial/forense que ofrezca la solvencia profesional de un perito con formación y la capacidad de informar de manera adecuada y basado en lo que juez necesita saber; a su vez el médico legista no cuenta con la especialidad en conflicto lo cual es motivo de desacreditación por las partes litigantes.

El Consejo Nacional de la Judicatura ni la Fiscalía General del Estado han proporcionado las herramientas necesarias y adecuadas que sirva de guía o protocolos de actuación que unifique la forma de peritar en casos de mala práctica médica, ello ha hecho que los peritos designados actúan bajo su propio criterio, razonamiento y experiencia.

Sin la prueba la o el juzgador no puede pronunciarse sobre los asuntos sustanciales de la controversia, no puede administrar justicia; y, por tanto, no se puede efectivizar derechos. Y si la justicia es fuente generadora de paz social, orden, bienestar, seguridad jurídica, podemos comprender mejor la trascendencia de la prueba en los procesos judiciales. (Ramírez, 2017, p. 19)

El informe pericial basado en la aplicación de estándares, protocolos o mediante la aplicación de la *lex artis* pericial brinda al juez una herramienta de incalculable valor y a las partes la garantía de un debido proceso.

En este punto, Albuja Rodrigo refiriéndose a la *lex artis* en medicina manifiesta que:

En el derecho la *lex artis* surge como un instrumento valorativo probatorio que refleja el cumplimiento que debió seguir el profesional de la medicina dentro de determinada intervención. La referida *lex artis* dentro de la prueba pericial médica toma un aspecto sumamente relevante, puesto que la prueba pericial médica es un elemento fundamental del cual el juez en los dictámenes de mala praxis o negligencia profesional médica y en otros homicidio culposo toma relevancia importantísima para dar un veredicto de culpabilidad o ratificación de la inocencia, razón por la cual se debe entender que la prueba pericial médica es el alzamiento mediante informe de una serie de análisis, de procedimientos, pesquisas valorativas y con conclusiones dubitativas de la cuales un experto calificado en este caso por el Consejo de la Judicatura determina si la gestión realizada por el profesional de la medicina en cierta especialidad siguió los parámetros médicos que se sobreentiende están definidos dentro de la profesión. (2022, p. 5)

Entonces, la importancia y trascendencia social que tiene el médico como prestador de salud es la misma responsabilidad social que tiene el perito médico quien evalúa la conducta profesional de ese médico.

Si el primero actúa basado en una *lex artis* o bajo estándares de cuidado del paciente, quiere decir que está actuando basado en su experiencia, en sus habilidades y en una normativa que le impone la comunidad científica al momento de una intervención; así mismo, y como lo menciona en no pocas ocasiones los informes de pericias están sujetas a la habilidad y conocimiento de experticia de quien la realiza, de ahí que sea relevante la experiencia que tenga el perito sobre la materia del peritaje Albuja. (2022, p. 8)

Ante la primera interrogante planteada en líneas anteriores, sobre si el juez está en capacidad de decidir sobre un tema que no es de su dominio y que la única manera de llegar a él es a través de la opinión de un tercero, el perito médico, el mismo autor tiene la respuesta y menciona:

Es claro que los informes periciales de expertos superan en cierta medida la valoración general que un juzgador pueda estar dando a los demás tipos de pruebas, ya que una parte del razonamiento técnico lo realiza el perito, el cual sustenta en base a su especialización y supuestamente indiscutible experiencia, conclusiones que dentro de la sentencia tienen un peso considerable, más aun cuando no existen otros medios de pruebas y el informe pericial resulta ocupar la mayoría de sustento probatorio. (Albuja, 2022, p. 9)

Esto sugiere la gran responsabilidad que sobre sus hombros tiene el perito médico al momento de evaluar la conducta de su colega, basado también en su conocimiento, experiencia y habilidades, es decir en la *lex artis*, así como lo establece el numeral 2 del COIP (2014): La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión; al respecto Albuja (2022) manifiesta que:

La salud se guiará por normas y conocimientos técnicos, que deberá llevar todo profesional de la salud dejando este aspecto vulnerable a discrecionalidades, que no causan más que vulneraciones a los derechos de todos los profesionales de la salud a una seguridad jurídica. (Albuja, 2022, p. 4)

En los procesos judiciales la valoración de la prueba está a cargo del juez, quien también deberá valorar la aplicación de la *lex artis* convirtiéndose esto en una carga adicional que debe ser resuelta por el peritaje y que también su decisión dependerá de esta.

De acuerdo con Martonelli, citado por Albuja (2022), para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el dictamen del perito oficial es idóneo para formar convicción y que su opinión debe prevalecer, en principio, sobre la del perito de control o perito de parte.

En este sentido, se menciona que entre los sistemas de valoración aplicados por el juzgador más conocidos tenemos, la prueba legal o tasada, la íntima convicción y la libre valoración o sana crítica.

En Ecuador tenemos la libre valoración el cual se fundamenta en la autonomía del juez al momento de valorar la prueba, que estará sujeto a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, cuando el juzgador se sustenta en los hechos

y la conexión de estos con las pruebas y las máximas de experiencia, podemos decir que el juzgador mantiene una valoración racional y no subjetiva. (Albuja, 2022, p. 14)

Entonces, si la naturaleza del delito investigado (la mala práctica médica) obliga a que gran parte de la carga probatoria recaiga en el peritaje médico, consideramos que no se garantiza los derechos de las partes, pues en gran medida, la decisión del juez dependerá del criterio emitido por el perito quien dictaminará basado en su propio razonamiento, experiencia, lineamientos, criterios y discrecionalidad ante la falta de un protocolo o guía que encamine su trabajo. Lo mencionado tiene relación con el segundo interrogante planteado, pues si bien el perito médico es un profesional capacitado en la rama de su especialidad, en el campo del derecho las cosas son diferentes, pues no es lo mismo un informe embebido de ciencia y tecnicidad para ser presentado en una junta médica que un informe pericial que será sustentado ante jueces cuyo método valorativo tiene aristas muy diferentes.

De acuerdo con este criterio, Gómez, citando a Vickers L. Daubert (2014), refiere:

Quizá los jueces no tienen las competencias necesarias para distinguir entre una “buena y una mala ciencia” y las consecuencias de ello es el aplicar criterios inapropiados y por tanto dictar resoluciones inconsistentes. Lo anterior ha provocado un escepticismo frente a las evidencias científicas y se sigue concediendo un rol activo a los jueces en la valoración de las evidencias. (2016, p. 92)

Con lo antes dicho, el juez debe seguir manteniendo su poder de valorar la prueba presentada con cierto escepticismo ante la información científica presentada y concentrarse más en la metodología utilizada por el perito médico.

Históricamente se ha encargado a la Medicina Legal la investigación pericial en casos de responsabilidad médica y han sido los médicos legistas quienes se han involucrado en esta actividad lo cual también ha generado conflictos entre los distintos gremios de especialistas quienes aseguran que estos (forenses) no poseen las competencias teóricas y prácticas para asumir la evaluación de médicos de otras especialidades.

En un estudio de responsabilidad médica en una unidad de emergencias de Australia, se notó que los testigos expertos en tres procesos no eran médicos emergenciólogos, lo que originó críticas a los expertos que no eran médicos de urgencias, quienes sin duda brindaron sus opiniones de buena fe y pueden haber abordado cuestiones de causalidad o daños en lugar de cuestiones de atención estándar. Sin embargo, en el contexto de la evidencia del estándar de atención en el Departamento de Emergencias, la falta de experiencia directa y reciente en el contexto del De-

partamento de Emergencias y sus desafíos podría, al menos teóricamente, dar como resultado la identificación de un estándar que no es consistente con el Departamento de Emergencias contemporáneo. (Dalling, 2022. 466).

De acuerdo con Ferrara, citando a varios autores asegura que:

El papel de la Medicina Legal se ha vuelto cada vez más específico, imprescindible e ineludible en el ámbito judicial para prevenir y evitar interpretaciones erróneas y veredictos científicos precipitados. La multiplicidad de regulaciones *frameworks* y sistemas operativos y la literatura sobre negligencia médica, así como un estudio exploratorio reciente encuesta supranacional, prueban la ausencia de directrices y/o recomendaciones médico-legales que rigen el proceso de verificación y evaluación en los casos de sospecha de responsabilidad médica. (2013, p. 546)

La tipificación como delito de la mala práctica profesional en Ecuador fue el origen de análisis doctrinales, jurisprudenciales en centros académicos, jurídicos y gremios de la salud, escenarios en los cuales se emitieron criterios a favor y en contra de la normativa; pero casi nada se dijo sobre la manera cómo se va a llevar la evaluación pericial por parte del profesional designado. Sobre ello existen disposiciones bastantes genéricas, ambiguas e incluso contradictorias que a continuación analizamos.

En relación al peritaje médico legal, en materia penal el COIP (2014), señala que, para los casos de mala práctica profesional la o el fiscal solicitará una terna de profesionales con la especialidad correspondiente al organismo rector de la materia (art. 511); es decir la norma establece que se solicitará al órgano rector de la materia (Ministerio de Salud Pública) una terna de peritos especialistas, en casos que no se cuente con estos peritos de la especialidad acreditados en el Consejo Nacional de la Judicatura. Con ello se entiende que los peritos especialistas designados para casos de responsabilidad médica procederán directamente de este organismo, estén o no acreditados como peritos.

Este problema también se presenta en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2015), normativa que refiere que, a la falta de peritos especialistas acreditados en la materia en conflicto y ante la imposibilidad de que una de las partes pueda designar al perito, el juez solicitará se designe a uno proveniente de la academia, ministerio o colegio de profesionales, perito que tampoco será acreditado con lo cual se repite el mismo inconveniente presentado en el proceso penal.

El Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial para la calificación de peritos, exige los siguientes requisitos:

1. Ser mayores de edad, ser capaces y estar en ejercicio de sus derechos de participación;
2. Ser conocedoras o conocedores y/o expertas o expertos en la profesión, arte, oficio, o actividad para la cual soliciten calificarse;
- 3.(Reformado por el Art. 1 de la Res. 126-2016, R.O. 813-S, 5-VIII-2016). En el caso de profesionales, tener al menos dos (2) años de graduadas o graduados a la fecha de la solicitud de calificación, y cumplir con los requisitos de experiencia establecidos en este reglamento. Tratándose de profesionales en medicina humana que soliciten su calificación para una especialidad médica, además de los títulos profesionales debidamente inscritos en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación "SENESCYT", deberán acreditar al menos cinco (5) años de experiencia en la práctica de la respectiva especialidad; 4. (Derogado por el Art. 1 de la Res. 067-2016, R.O. 756-2S, 17-V-2016) (2014, art. 4).

En el Art. 21 de este mismo reglamento, se hace referencia al Informe Pericial y lo mencionado en él trata del contenido que debe tener todo informe pericial de manera general, sin especificar profesión, especialidad, ni otra disposición específica sobre un tipo de peritaje en especial y menciona sobre los requisitos mínimos que debe contener el informe pericial: 1. Parte de antecedentes, 2. Parte de consideraciones técnicas o metodología a aplicarse. 3. Parte de conclusiones, 4. Parte de Inclusión de documentos de respaldo, anexos o explicación de criterios técnicos.

Por su parte, en Resolución N° 073-FGE-2014 publicada en el Registro Oficial N° 318 de agosto 25 de 2014 la Fiscalía General del Estado publicó los Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina Legal y Ciencias Forenses, de la Fiscalía General del Estado en el cual se publican los diferentes procedimientos a realizarse en casos de Medicina Legal y varias disciplinas relacionadas con las ciencias forenses, no existe ninguna disposición relacionada al procedimiento, guía o protocolo en peritajes por mala práctica médica.

Por otro lado, el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante Resolución N° 116 A-2018 aprueba los siguientes protocolos: 1. Sumario Técnico-Científico en Medicina Legal y Ciencias Forenses. Guía para la identificación y manejo adecuado de víctimas mortales en desastres y personas desaparecidas. 2. Protocolo de Actuación para la Aplicación del Peritaje Integral en la Autopsia Médico Legal. 3. Guía para la Aplicación del Formato Médico Legal de Autopsia y Formato de Informe Forense de Autopsia Médico Legal. 4. Guía para el Abordaje Técnico Científico en Ciencias Forenses, Investigación Especializada de Delitos Mineros. 5. Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense mediante escucha especializada para niños, niñas y adolescentes víctimas de Violencia Sexual; documento en el cual tampoco se evidencia protocolo alguno relacionado con el procedimiento pericial a seguir en investigación por mala práctica médica, lo que deja en libertad de los peritos tanto especialistas como a los peritos médico legistas a informar basado en su propio criterio y sin una guía o protocolo establecido como se tiene para otros tipos de peritaje.

Pujol-Robinat, A. citando a Montero, manifiesta que:

El objetivo fundamental de la prueba pericial es la de facilitar al juez, Ministerio Fiscal y a las partes, una información amplia, objetiva, rigurosa y fiable sobre los hechos acontecidos, y que permita llegar a una resolución judicial justa fundamentada en una base científica y que el peritaje médico legal en casos de mala práctica médica no debe solo enfocarse en la búsqueda de la responsabilidad médica, sino también en esclarecer todos aquellos factores que hayan incidido en la seguridad del paciente y en la aparición del efecto adverso. (2013, p. 138)

Para cumplir este objetivo el autor recomienda considerar varios elementos al momento de elaborar el informe pericial como es la historia clínica y dentro de esta toda la información pertinente relacionada con la calidad de la información entregada al paciente, diagnóstico errado, cuidados de enfermería, controles de anestesia, registros de laboratorio y más exámenes e incluso defectos de organización en la asistencia. Otros elementos que considerar son los informes de autopsia médico legal en casos de muertes, protocolos asistenciales del establecimiento y guías de atención médica relacionada con la patología en cuestión. La entrevista con los médicos asistenciales, valoración del paciente, la interconsulta especializada y recabar información bibliográfica actualizada relacionada cronológicamente al momento de sucedido los hechos.

Dos aspectos importantes para analizar en el informe pericial; el perito designado y la estructura del informe pericial. Con relación al primero, los peritos son terceros en un proceso y son llamados como asesores o técnicos asistentes del juez, actúan en el presente sobre asuntos del pasado. Éstos deben tener ciertas cualidades que lo diferencian de los demás profesionales y lo hacen merecedor de la confianza del juez y de las partes, cualidades como objetividad, imparcialidad, juicio, prudencia, veracidad, sentido común y ser consciente que su mayor virtud es saber reconocer lo que sabe y lo que ignora, y que su mayor fortaleza es la solvencia de sus conocimientos; que su actividad de perito también constituye un acto médico.

Respecto al segundo punto, sobre el informe pericial, igual que cualquier otro acto médico, el peritaje médico legal está sujeto a estándares de calidad y a la normativa de cada país cualquiera sea la sede (penal o civil) en la cual le toque actuar al perito, estándares de calidad que tampoco existen. Al respecto debe tenerse en cuenta que:

...el aspecto clave de las periciales en los supuestos de presunta mala práctica médica es valorar si ha existido o no una falta médica (error por acción u omisión o falta del deber de cuidado, todos de características graves), comprobar y valorar el daño, y establecer la relación de causalidad entre la posible falta médica y el perjuicio ocasionado. (Pujol-Robinat, 2013, p. 140)

Muy frecuentemente los tribunales dan mucho crédito a la prueba pericial y son los peritos funcionarios públicos en quienes recae la presunta imparcialidad de los dictámenes médicos en este delicado campo del peritaje.

Para Pujol-Robinat (2013), se debe resaltar la importancia de los conocimientos medicolegales muy útiles en la elaboración del informe pericial en casos de mala práctica médica; pues, no es suficiente el conocimiento amplio y especializado del tema a peritar, sino que un buen perito debe tener, además de algunas habilidades naturales, una sólida formación básica médica, teórica y práctica, así como conocimientos jurídicos que le permitan captar exactamente el sentido de las misiones que le sean confiadas y, sobre todo, el alcance de las conclusiones que aporte en sus informes (p. 139).

Estas son características que no posee el médico especialista asistencial; y que es llamado a intervenir como perito en casos de responsabilidad médica.

En relación a lo mencionado, Ferrara y col. publica las “Directrices Europeas sobre Métodos de Verificación y Criterios de Evaluación en Mala Praxis y Responsabilidad Médica”, documento, fruto de la iniciativa científica del Presidente–Representante de la Academia Europea de Derecho Medico (EALM), (2013, p. 546).

Entre las recomendaciones emitidas en el mencionado documento el médico evaluador o perito designado para la evaluación de casos por responsabilidad médica debe estar en posesión de los requisitos mínimos, competencias y experiencia, como se indica a continuación:

A. Que el experto designado sea un especialista en Medicina Legal y/o Patología Forense o que el experto haya completado la formación de posgrado en Medicina Legal, preferiblemente a nivel universitario y reconocido como un experto médico-legal con supervisión de la autoridad en su país y practica habitualmente esa especialidad.

B. El experto debe demostrar una formación adecuada (preferiblemente universitaria) en las siguientes áreas. a) Competencia básica en materia penal, civil y administrativa, con especial referencia a las normas en el campo de la salud médica. b) Experiencia teórica y práctica de la medicina legal, semiología y evaluación médico-legal psicofísica en los ámbitos del derecho civil y seguro privado/público. c) En el caso de constatación sobre cadáveres y nociones prácticas de patología forense con experiencia profunda, de primera mano y de muchos años, así como una considerable experiencia en autopsias forenses. d) Nociones teóricas y experiencia práctica sobre la valoración del vínculo causal, con particular referencia a la demostración del nexo de causalidad entre un error médico y el daño, subsumiendo los fenómenos bajo leyes científicas. (Ferrara, 2013, p. 547)

En la práctica, en Ecuador, a los médicos especialistas (terna de peritos) no es exigida la acreditación en el Consejo Nacional de la Judicatura, por lo que tampoco se les demanda un estándar de calidad en materia pericial.

En base a lo manifestado, se puede afirmar que a los médicos especialistas no se les exige una capacitación básica en materia pericial como sí lo es para otros peritos.

Por otro lado, el Consejo Nacional de la Judicatura y Fiscalía General del Estado no han emitido guías o protocolos de procedimiento a seguir en la práctica del peritaje y elaboración del informe pericial en casos de responsabilidad médica, guías que evitarían la discrecionalidad al momento de peritar e informar.

Contar con guías de actuación pericial en procesos por responsabilidad profesional médica garantiza el derecho de las partes a un proceso transparente y objetivo, pues, “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes al debido proceso” así lo establece la Constitución del Ecuador (Art. 76.1).

En base a esto, consideramos necesario una guía o protocolo que permita a los peritos unificar criterios de valoración pericial y proveer a los jueces una herramienta adecuada para una sentencia más justa.

A pesar de que la Guía Europea sobre Métodos de Verificación y Criterios de Evaluación en Mala Práctica y Responsabilidad Médica publicada en 2013 (Ferrara, 2013), sus mismos autores la consideraron como un punto de partida en la armonización de aspectos legislativos y periciales en los diferentes países europeos, consideramos importante adaptarla y recomendarla para su aplicación en nuestro país. Para ello citamos los ítems a ser tomados en cuenta al momento de la valoración pericial:

Definir al experto y su experiencia:	Nuestra recomendación es la presencia de dos expertos, un médico forense especialista en Medicina Legal y el otro un especialista en la rama en conflicto (traumatólogo, anestesiólogo, cirujano, etc.).
Métodos de evaluación de personas vivas (lesionado).	Recolección de todos los datos clínicos. Trabajo en conjunto con el perito especialista de la rama en conflicto. Examen clínico de la persona lesionada. Otros exámenes complementarios que los peritos crean necesario solicitar. Síntesis clínica.
Método de evaluación en cadáveres	Recolección de todos los datos clínicos Trabajo en conjunto con el perito especialista en la rama en conflicto. Exámenes realizados previo a la autopsia. Examen del informe de autopsia. Otros exámenes y procedimientos diagnósticos a criterio de los peritos.

Criterios de evaluación	Evaluación comparativa de los datos obtenidos.
	Identificación del cuadro patológico.
	Identificación del daño, en persona viva como en el cadáver.
	Reconstrucción de vías fisiopatológicas y conducta médica ideal en el caso.
	Reconstrucción de la conducta médica realizada (real).
	Reconstrucción y verificación de la conducta real del personal médico y colaboradores (enfermería, laboratorio, anestesiólogos, otros especialistas).
	Identificación y clasificación del error o la inobservancia médica.
	Evaluación del o de los errores. Posibles causas de justificación de estos (Fuerza mayor/caso fortuito).
	Valoración de la causalidad o nexo causal entre error médico y daño (resultado).
	Grado de probabilidad del nexo causal.
Estimación del daño desde el punto de vista médico (secuelas).	

Fuente: Ferrara (2013). Modificado para su aplicación en el sistema pericial en Ecuador por el autor del presente trabajo.

Como se evidencia, existen ítems en el presente protocolo que tienen que ser abordados por el médico forense y otros por el especialista materia en conflicto, razón por la cual el abordaje debe ser integral.

La implementación de este protocolo facilitará la actividad del perito, con criterios más objetivos y a los jueces una herramienta para que les permitirá sentenciar de manera objetiva.

5. Conclusiones

Con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) se tipificó la mala práctica profesional como delito (homicidio o lesiones culposas por mala práctica profesional) y para su valoración se estableció la designación de una terna de peritos con la especialidad en conflicto.

A pesar de la disposición legal de designar dicha terna, observamos la designación de un solo perito, e incluso con especialidad distinta a la de la materia en disputa, lo cual vulnera el debido proceso y los derechos de las partes intervinientes. En este punto, es necesario establecer que la designación de un perito con la especialidad en conflicto no garantiza un buen peritaje, pues este no posee el entrenamiento forense/pericial básico para informar y además no cuenta con una guía o protocolo que garantice la objetividad que exige la actividad pericial, lo cual se evidenció en la deficiente fundamentación científica de los informes.

En este contexto consideramos que la propuesta de contar con un protocolo de procedimiento en peritajes médico legales es pertinente y necesaria, pues se trata de una herramienta que permi-

tirá a los peritos (asistenciales/especialista y médico legista) actuar con uniformidad, objetividad e imparcialidad y evitar la vulneración de derechos tanto de pacientes como del profesional que está siendo investigado, por lo cual planteamos que el presente protocolo es una guía importante a considerarse y como el inicio de otros estudios, debates y consensos sobre el tema planteado.

Un punto adicional para considerarse es la capacitación de los profesionales en el campo pericial, la cual es una tarea pendiente y que debe ser abordada de manera integral entre la academia y las autoridades judiciales; pero eso es un tema que sale del objetivo de este documento.

Referencias

- Aguiar, R. (2015). *Tratado de Derecho Médico*. Editorial ONI.
- Albuja, R. (2022). *Fundamentación jurídica de la LEX ARTIS sobre el peritaje y el meta peritaje o contra peritaje* [Trabajo de Maestría, Universidad de Posgrados del Estado]. Repositorio Institucional <https://repositorio.iaen.edu.ec/handle/24000/6227>
- Choy, J. (2018). ¿Quién está obligado a determinar la existencia de mala praxis? *Revista Cirujano General. Medicografic*. 4(2). 139-143.
- Código Orgánico General de Procesos (2015). Registro Oficial No. 506. Mayo 22 de 2015. <https://acortar.link/Y26GvZ>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). LEXIS FINDER COIP 2015. Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015.
- Consejo Nacional de la Judicatura (2018). Manual de Catálogo de Especialidades Periciales. <https://acortar.link/CzXfoj>
- Consejo Nacional de la Judicatura. (2014). Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial. Resolución 075A2018 (Registro Oficial 353, 23X2018). <https://acortar.link/SJDpOn>
- Consejo Nacional de la Judicatura. (2018). Resolución 116 A-2018. Registro Oficial 180. Junio 14 de 2018. <https://acortar.link/9JpDMd>
- Constitución de la República. (2008). Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Dalling, J., Kelly, A.M., Madden, B., & Cockburn, T. (2022). Who should provide expert opinion in emergency medicine-related medical litigation? *Emerg Med Australas*, 34(3), 465-467. <https://www.doi.org/10.1111/1742-6723.13962>
- Ferrara, S.D., Baccino, E., Bajanowski, T., Boscolo-Berto, R., Castellano, M., De Angel, R., Pauliukevičius, A., Ricci, P., Vanezis, P., Vieira, D. N., Viel, G., & Villanueva, E. (2013). Malpractice and medical liability. European Guidelines on Methods of Ascertainment and Criteria of Evaluation. *Int J Legal Med*, 127(3), 545-57. <https://www.doi.org/10.1007/s00414-013-0836-5>
- Fiscalía General del Estado (2014). Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina.
- Gómez, C. (2016). La prueba pericial médica: criterios para su emisión, admisión y valoración. *Revista CONAMED*. 21(2). 88-98. <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2016/con162h.pdf>

- Haysom, G. (2016). The impact of complaints on doctors. *Revista Australian Family Physician*, 45(4). 242-244. <https://acortar.link/TVMmta>
- Legal y Ciencias Forenses. Registro Oficial (Suplemento) 318. Agosto 25 de 2014. <https://acortar.link/ivcLUF>
- Pujol-Robinat, A., Martín-Fumadó, C., Giménez-Pérez, D., & Medallo-Muñiz, J. (2013). Criterios medicolegales en la valoración de la responsabilidad profesional médica. *Revista Española De Medicina Legal*, 39(4), 135-141. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2013.07.002>
- Ramírez, C. (2017). *Apuntes sobre la Prueba en el COGEP*. Corte Nacional de Justicia.
- Vargas-Blasco, C., Gómez-Durán, E., Martín-Fumadó, C., & Arimany-Manso, J. (2020). Medical malpractice liability and its consequences. *Revista Actas urológicas españolas*. 44(4). 251-257. <https://doi.org/10.1016/j.acuro.2020.01.004>

AUTORES

Edwin Gabriel Díaz Loor. Médico cirujano, máster en Medicina Forense, docente universitario, asesor y perito acreditado por el Consejo Nacional de la Judicatura.

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.

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.