

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

[DOI 10.35381/cm.v9i16.1006](https://doi.org/10.35381/cm.v9i16.1006)

**Auditoria médica como prueba pericial en procesos penales de
responsabilidad profesional**

**Medical audit as expert evidence, in criminal proceedings of professional
responsibility**

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez
alvaro.correa.50@est.ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-5900-0836>

Sergio Hernando Castillo-Galvis
sergio.castillo.26@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0003-1196-4748>

Fredy Ricardo Escobar-Escobar
fredy.escobar@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-8654-5279>

Recibido: 15 de agosto 2022
Revisado: 01 de octubre 2022
Aprobado: 15 de noviembre 2022
Publicado: 01 de diciembre 2022

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

RESUMEN

Se tiene por objetivo analizar la auditoría médica como prueba pericial en procesos penales de responsabilidad profesional. Se encuentra enmarcada dentro de una investigación descriptiva documental con análisis de contenido jurídico. La Auditoría cuando son ordenadas por el Ministerio Público durante la etapa de investigación deben ser debidamente justificadas siguiendo el orden jurídico previsto en el sistema pericial. Existiendo algunas referencias importantes no solo en el sistema jurídico ecuatoriano, sino además de su relación que tiene en otros Ordenamiento Jurídico, con relación a su relevancia al interior de los procesos judiciales desde diferentes ámbitos.

Descriptores: Auditoría de gestión; operación administrativa; elaboración de políticas. (Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the medical audit as expert evidence in professional liability criminal proceedings. It is framed within a descriptive documentary research with analysis of legal content. The audit when ordered by the Public Prosecutor's Office during the investigation stage must be duly justified following the legal order foreseen in the expert system. There are some important references not only in the Ecuadorian legal system, but also in its relationship with other legal systems, in relation to its relevance within the judicial processes from different areas.

Descriptors: Management audit; management operations; policy making. (UNESCO Thesaurus).

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

INTRODUCCIÓN

Contar con las opiniones de peritos en el ámbito penal en juicios adelantados por la existencia de denuncias por mala práctica profesional, es de gran trascendencia para determinar si existe o no responsabilidad, de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos (COGEP). En el campo probatorio el operador judicial puede ordenar de oficio la práctica de este medio de prueba, con el fin de esclarecer los hechos objeto de prueba.

Así, las auditorías médicas se gestionan como una revisión sistemática de una actividad, además de ser instrumentos evaluativos de la atención médico – paciente, incluidas las intervenciones quirúrgicas (Smith, 1990). En la actualidad, en el Ecuador son procesos netamente administrativos instaurados por el Ministerio de Salud Pública (MSP), que es la autoridad rectora. A propósito, en la jurisprudencia mexicana se habla de negligencia médica, impericia y dolo, en el sistema americano se incorpora un elemento más, denominado el riesgo innecesario al que es sometido el paciente por la falta de preparación de los profesionales de la salud. Por su parte, el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano consagra una tipología similar, a partir de los escenarios hipotéticos sobre los cuales pueda desencadenarse un daño antijurídico. En el año 2014 en la legislación ecuatoriana, se incorporó en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), el homicidio culposo por mala práctica profesional estipulado en el artículo 146 y el de lesiones en el artículo 152. En el escenario médico, el trauma maxilofacial debido a la anatomía de la cara es muy complicado, esta región cumple con demasiadas funciones, tanto fisiológicas como estéticas, y son de vital importancia por cuanto que protegen al globo ocular, al cerebro y la nariz. Estas lesiones son provocadas por la exposición y poca o nula protección de esta área del cuerpo humano, trayendo como resultado deformidades anatómicas que son de difícil manejo.

Por consiguiente; se tiene por objetivo analizar la auditoría médica como prueba pericial en procesos penales de responsabilidad profesional.

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

REFERENCIAL TEÓRICO

Es importante tener en claro que, la auditoría es un órgano asesor, que comprende el análisis, la evaluación y examinación de determinada situación médica, para posteriormente, realizar un informe que es entregado a la autoridad competente, con el fin de mejorar la calidad de la atención, en consecuencia, se le considera como un proceso de mejora continua que tiene como objetivo la disminución de la morbilidad y mortalidad (Fonseca-Lazcano, 2009). En el campo de la salud se emplean ciertos términos para referirse a la auditoria, como lo son: auditoria médica, auditoria clínica y auditoria del cuidado del paciente.

Asimismo, la calidad de la atención según la Internacional Organization for Standarization (ISO) se define como el grado en que un producto cumple con el objetivo para el cuál fue creado (Cannon, 2000). Ahora bien, resulta importante la aplicación de los conocimientos disponibles a favor del paciente, en cuanto al equipo tecnológico, la situación es muy delicada porque a nivel del sistema público, no se cuenta con el equipamiento moderno y suficiente para cubrir las necesidades de la comunidad, lo cual es diferente a nivel privado, debido a que existen clínicas que ofrecen servicios con tecnología de vanguardia, pero los costos son elevados, por esta razón no se encuentran disponibles para toda la población, sino para cierto círculo social con altos ingresos (Padovani-Cantón, 2012).

De todos modos, durante la atención de un paciente los riesgos pueden aumentar más que los beneficios, por lo tanto, es necesaria una medida de calidad que analice en qué grado se logra el equilibrio más factible entre ellos. Adicionalmente, el profesional de la salud se encuentra en el deber de juzgar los procedimientos que serán empleados, la técnica, el diagnóstico y los resultados de la atención que se brindará al usuario, y estimar los beneficios de su atención mediante variantes subjetivas, por ejemplo, el trato durante la atención, el lugar de consulta, la confianza y los resultados del prestador del servicio (Padovani-Cantón, 2012).

Es importante resaltar que la calidad de un servicio es objetiva, si fuese relativa, quedaría en el simple punto de vista personal de un profesional. Así, frente a un hecho

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

en concreto, unos profesionales médicos podrían manifestar que existió calidad durante la atención y otros indicaran que no, creando un dilema universal. Por lo tanto, la calidad se mide mediante indicadores que se comparan con estándares de esta, los cuales requieren de puntos referenciales que permitan la comparación y que reflejen un consenso para conseguir mejores beneficios tanto para el paciente y la población en general (Duque Oliva, 2005).

A propósito, la bioética es un término griego que deriva las palabras *bios* (vida) y *ethike* (ética), definida como el estudio sistemático tomando en cuenta varios parámetros en un marco interdisciplinario y de múltiples dimensiones como la visión moral, las leyes, la conducta de las ciencias, de la vida y el cuidado de la salud. Los principios bioéticos en salud son: beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia; el de beneficencia es el principal, debido a que el personal de salud se forma para hacer el bien, no solo al individuo enfermo sino a la sociedad en su conjunto.

Bajo esa misma línea, la auditoria clínica puede ser externa o interna, en la auditoria clínica externa, los participantes son profesionales calificados que son ajenos al establecimiento de salud donde es realizada la práctica médica, generalmente, esta auditoria se da en aquellos casos en que la autoridad sanitaria los ordena, por situaciones de mala práctica profesional; esta auditoría se encuentra exenta de ciertas barreras, pues no tiene problemas la falta de recursos, no cuenta con un plan de actividad, ni cuenta con un personal asignado para el cumplimiento de esta actividad. Por su parte, la auditoría interna es establecida por la propia institución, la cual conduce a la mejora continua en la calidad de los servicios sanitarios, buscando la claridad en los alcances, objetivos y criterios al momento de realizar una intervención quirúrgica, de igual manera, es un instrumento para la supervisión y ayuda para mejorar tanto la eficiencia como de los servicios en la prestación de los servicios de salud, finalmente, si bien esta es realizada por la misma institución, es una actividad objetiva e independiente de aseguramiento, que busca agregar valor y mejorar las operaciones en las entidades que prestan servicios médicos (Banquet-Lara & Cuatindioy-Chasoy, 2020).

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

En cuanto a la actuación de los jueces, esta debe ser imparcial para determinar la responsabilidad profesional, sin embargo, por su falta de conocimientos en medicina, se ven limitados y se enfrentan a un gran desafío, el análisis crítico que ellos realizan basado en la literatura disponible es poco objetiva, sumado esto a la presunción de inocencia dejando abierta la puerta para la duda a favor del profesional acusado (COIP 2014, Art.5 No.3).

Por esta razón, la certeza de la participación del profesional y su responsabilidad por la ejecución de un hecho antijurídico, es posible mediante una prueba pericial que determine que este debe asumir las consecuencias de este hecho (Navarro-Fallas, 2006). La aplicación errónea de un procedimiento o un tratamiento que como resultado causa un daño o sufrimiento deben ser reparados, ninguna persona puede cometer un delito y pretender no ser responsable por sus actuaciones negligentes (Lucas-Duche & Romero-Alarcon, 2022). Según Toledo, el expediente médico es un elemento básico que permite identificar la existencia de un hecho punible, el cual puede ser utilizado como prueba que fundamente la teoría del caso del ente acusado o, en igualdad de armas, a la defensa (Rodríguez-Manjarrés, 2019).

Según el Código Orgánico Integral Penal, la prueba es definida como el conjunto de recursos usados para la demostración o comprobación de los hechos afirmados por una de las partes, que debe ser admitida de forma legal para garantizar el debido proceso; es importante mencionar que, los dictámenes periciales incorporados en la etapa de investigación alcanzan la calidad de prueba en la audiencia oral de juicio (COIP, art 454). Al respecto, el presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, manifiesta que en el juicio oral solo se debate lo contradictorio, por cuanto que se debe mantener la economía procesal, es decir, lo pactado por las partes de común acuerdo, no es objeto de prueba (Oficio 167-2018-P-CPJP).

En México no se cuenta con un precedente jurisprudencial amplio por la mala praxis, no obstante, han desarrollado el concepto de Lex Artis ad hoc., que permite definir lo adecuado y prudente. En Estados Unidos, uno de cada 25 pacientes atendidos estima que han sufrido algún tipo de negligencia e interponen una denuncia por la indebida

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

actuación del personal sanitario. Al respecto, este aumento de demandas ha dado origen a la medicina defensiva, lo que aumenta los costos, retrasan los procedimientos y obliga a los profesionales a contar con un seguro de responsabilidad penal (Fuente-del-Campo & Ríos-Ruiz, 2018).

En Chile, la entidad pública encargada de realizar pericias para la resolución de los procesos penales, es el Servicio Médico Legal. En el Ecuador, con el fin de garantizar la transparencia en el debido proceso, se expidió el Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, el mismo que dentro de sus principios tiene el de probidad y méritos del perito. Por otro lado, de acuerdo al trazo de las fracturas órbito-malares, estas se clasifican en: i) Fracturas alineadas; ii) El arco zigomático está comprometido; iii) Hay desplazamientos mínimos; iv) Hay rotación medial; v) La rotación es lateral; vi) Compuestas por varios fragmentos (Avello & Avello, 2007). Otra clasificación se basa en la cantidad de energía disipada por los huesos faciales secundario a una fuerza traumática ejercida sobre ellos, así se clasifican en fracturas de alta, moderada o baja energía, las fracturas de menor energía desplazan poco o nada a los huesos.

Las fracturas del tercio medio de la cara son frecuentes en el rango de edad entre 20 y 40 años, afectan más a los hombres, y generalmente son secundarios a traumatismos por objetos contusos, asaltos y, en menor porcentaje se deben a caídas. Los síntomas y signos son varios, dependen de la intensidad del golpe y el área afectada, se puede presentar: edema, rubor, calor y dolor; los protocolos de manejo iniciales incluyen la solicitud de exámenes complementarios como estudios de imagen como la tomografía. En consecuencia, la fractura No. 4, mencionada anteriormente, es la más grave por el compromiso de varios huesos de la nariz y de la órbita y, adicionalmente, requiere del manejo multidisciplinario conformado por varios especialistas.

Los tratamientos frente a estas facturas varían desde lo más simple, como lo es mantenerse expectante y alerta hasta la resolución de la fractura cuando no están desplazadas (mantienen su anatomía), o están mínimamente desplazadas, por lo que,

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

la intervención quirúrgica no es necesaria, esto se encuentra debidamente justificado por varios estudios en los cuales se pudo observar que hasta en un 50 % de los casos, las fracturas tuvieron una resolución sin requerir de reducciones abiertas o cerradas (uso de placas). Asimismo, el 33 % de las fracturas no constituyen una emergencia médica que no requieren de un tratamiento quirúrgico como primer acto, la decisión de cuando llevar se debe llevar a cabo la intervención dependen de la evolución, los síntomas acompañantes y la alteración en la calidad de vida del paciente (Castillo-Cardiel, 2021).

No obstante, en las situaciones en las cuales se requieren de cirugías complejas con una reducción abierta prolongada o la fijación de las misma con material de osteosíntesis (placas de metal), el profesional que lleve a cabo esta intervención, debe ser un experto con un alto conocimiento de la evolución de ellas para poder distinguir las complicaciones y tratarlas oportunamente, toda vez que, la fractura del hueso maxilar sigue siendo la menos evaluada o estudiada y por lo tanto la más complicada con un manejo inadecuado, la dificultad en el tratamiento en su gran mayoría proviene de la complejidad anatómica y las relaciones que mantiene con otros huesos (Mardones-M, 2020).

Por su parte, la Constitución de la República de Ecuador, en varios de sus artículos indican que el servicio de salud se rige por los principios de calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, y específicamente, el artículo 32 de la Constitución, establece que, las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión y, los artículos 45 y 66 ibidem, indican que toda persona tiene derecho de realizar peticiones, dirigir quejas, recibir atención y respuestas motivadas. De igual forma, de acuerdo a los postulados del artículo 219 ibidem, el Ministerio Público es el encargado de acusar a los posibles infractores de la ley penal ante los operados judiciales competentes, esta acusación se realiza durante el juicio penal, desarrollado por el artículo 195 ibidem, de conformidad al numeral primero del artículo 363 ibidem, se tiene que, el Estado es el responsable de formular políticas de salud que prioricen una atención integral (Constitución de la República de Ecuador, 2008).

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

En desarrollo de las disposiciones constitucionales, la ley Orgánica de la Salud manifiesta que, la autoridad sanitaria nacional como ente rector, es el Ministerio de Salud Pública, en su artículo 4 establece el derecho con el que cuentan todos los pacientes a tramitar quejas y reclamos con la reparación e indemnización por los daños causados a los cuales se crean en derecho. El artículo 199 ibidem especifica que, a la autoridad sanitaria nacional le corresponde la investigación y sanción de la práctica ilegal e inobservancia de las leyes en su ejercicio, sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria, ya sea civil, administrativa o penal. Así pues, esta ley establece que constituye infracción todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente (Reglamento a la ley orgánica del sistema nacional de salud, 2003).

Ahora, en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), se estipula en el artículo 5 el principio de contradicción, el cual permite rechazar las pruebas que se presente en contra del acusado, por otra parte, como medio de prueba, el perito profesional debe estar acreditado por el Consejo de la Judicatura, tal como establece el artículo 511 del COIP, adicionalmente, el artículo 511 ibidem, estipula que, el órgano rector nombrará una terna de profesionales con la especialidad requerida por la justicia en casos de mala práctica. En el caso de que no existan peritos calificados, no se les exigirá la calificación de perito, tal como lo establece el artículo 4 del reglamento del sistema pericial integral de la función judicial, de igual manera, el artículo 10 ibidem, indica que para la calificación de perito se deben acreditar experiencia de al menos cinco años. Por otra parte, cuando se realiza un informe se deben tener presente los siguientes factores: la experiencia en casos similares, informes periciales previos o que un perito se centre solo en una especialidad sin valorar en conjunto al paciente para que no exista sesgo; otros puntos que se deben tener presentes al hacer una valoración o un peritaje son: la previsibilidad y evitabilidad entendida como la anticipación a cosas futuras que puedan llegar a ocurrir ya que estas pueden ser dañinas. Un ejemplo típico de la evitabilidad es la del caso tramitado por transfusiones contaminadas en el año 1991 en la ciudad de Barcelona- España, si bien es cierto que a la época no era

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

mandatorio realizar la determinación de anticuerpos para HIV, pero la comunidad médica conocía de la posibilidad de contagio que se daban por transfusiones.

Finalmente, se tiene que no existe un protocolo o una lista inflexible a seguir cuando se hace un informe, ya que los hechos siempre dependen de otros factores y antecedentes, pero si hay cosas que saltan a la vista que no deben ser probadas sino descritas por los peritos. En resumen, un informe debe ser valorado teniendo en cuenta la idoneidad científica, moral y técnica que ostenta el perito, el grado de evidencia científica con el que defienda este informe, postulados conocidos en el régimen probatorio como la sana crítica.

METODOLOGÍA

Se encuentra enmarcada dentro de una investigación descriptiva documental con análisis de contenido jurídico, la cual comprende la observación de los hechos, fenómenos y casos, ya que lo que se pretendió en este artículo fue determinar la relevancia que tiene la auditoria médica admitida como prueba pericial al interior de un proceso penal.

Por lo tanto; mediante la revisión de la bibliografía existente, se analizó la trascendencia que tiene la auditoria médica admitida como prueba pericial al interior de un proceso penal, por lesiones provocadas por un manejo inadecuado de una fractura maxilofacial y una cirugía mal realizada, acudiendo a metodología descriptiva, con método de análisis de caso y contenido. En el primero, sobre una decisión adoptada por jueces en el sistema jurídico ecuatoriano. en el segundo, sobre normas jurídicas relacionadas.

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

La presente investigación se basa en el análisis de un caso concreto que sucedió al interior de la Unidad Judicial Penal del Distrito Metropolitano de Quito, el 8 de marzo de 2021, en la cual una auditoria médica externa fue admitida como prueba para dictar una sentencia.

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

La situación fáctica fue la siguiente: El 17 de febrero del 2016, el señor Ortiz W., de profesión restaurador de obras de arte, domiciliado en la ciudad de Quito, asegurado a Ecu Sanitas (medicina privada prepagada), producto de la caída presentó una fractura del lado derecho de la cara (maxilar). En consecuencia, esta persona fue intervenido quirúrgicamente el 19 de febrero por un cirujano maxilofacial, en el posoperatorio tardío manifiesta que presenta pérdida del olfato (no distingue los olores) lagrimeo constante y dificultad para la alimentación (no puede deglutir sólidos), razón por lo cual interpone una denuncia y se inicia una investigación por lesiones.

En este caso, la terna de peritos solicitados por la fiscalía emitió el siguiente informe de auditoría: i) El doctor Lizazarburo, cirujano plástico especialista en cirugía maxilofacial, jefe del servicio de cirugía plástica del Hospital Militar, y perito calificado, informó que existe una fractura malar grado 4 con una deficiente cirugía y un mal procedimiento; ii) El doctor Morales, odontólogo especialista en maxilofacial que trabaja en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad (IESS), con experiencia de 3 años en peritaje, manifestó que la placa está mal colocada, la fractura no estaba resuelta y no hubo intervención de un oftalmólogo que valore la lesión ocular que presenta.; iii) El perito médico legista, el doctor Ijujez, en su informe indicó que había un hundimiento de la cara con pérdida del olfato y, en consecuencia, se requería de otras intervenciones para corregir estos problemas. Al interior de este proceso penal, se tiene los siguientes puntos relevantes:

- i) La auditoría médica realizada por los 3 peritos, mencionada previamente, fue utilizada por el ministerio público como medio de prueba para probar su teoría del caso;
- ii) El operador judicial tras comprobar la existencia de un dictamen pericial, de conformidad a los artículos 608 del COIP, 8, 9, 23 y 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, emitió auto de llamamiento a juicio en contra del señor Dueñas, en calidad de autor directo, según el numeral primero del artículo 42 del COIP, asimismo, el juez dejó constancia de que las partes no habían solicitado exclusión de pruebas y tampoco habían realizado un acuerdo probatorio;

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

iii) El miércoles 12 de noviembre del 2020 en la causa No 17294-2018-01894, al amparo del artículo 222 del Código orgánico de la Función Judicial, por el presunto delito de lesiones, se convocó a audiencia de juzgamiento para el 10 de marzo del 2020.;

iv) El día 6 de abril del 2021, el Tribunal de Garantías Penales dictó sentencia condenatoria en contra de Dueñas, en calidad de autor del delito de lesiones por mala práctica profesional, tipificado en el numeral 4 del artículo 152, en concordancia con el artículo 152 inciso 1, 2 y 3;

v) En consecuencia, se impuso al responsable la pena privativa de nueve meses, multa de cuatro salarios básicos unificados y el pago de 8.000 mil dólares como reparación integral;

vi) Posteriormente, se apeló dicha sentencia, bajo el argumento de que, los médicos que realizaron la auditoría médica no presentaron su acreditación ni sus 5 años de experiencia, adicionalmente, se alegó que los autores son odontólogos con especialidad en maxilofacial y no poseen los conocimientos necesarios, fundamentados en los artículos 5.3 y 654 del COIP;

vii) Sin embargo, el Tribunal por unanimidad guardando las garantías del debido proceso, la tutela efectiva y la seguridad jurídica, desecha el recurso de apelación interpuesto por el acusado y rectifica la sentencia;

viii) Seguidamente, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, argumentando nuevamente lo alegado en el recurso de apelación, citando los artículos 3 y 4 del Sistema Pericial, los cuales hacen referencia a los años de experiencia y la acreditación del perito, sin embargo, este recurso fue declarado improcedente, toda vez que, el momento procesal oportuno para solicitar la exclusión de la prueba por no estar calificado el perito, es en la audiencia de evaluación y preparatoria, como esto no sucedió, es decir, en la etapa procesal debida la defensa no solicitó la exclusión, la prueba tiene validez.

Se evidencia que la defensa hace mención de que se ha vulnerado el derecho al debido proceso, puesto que los peritos que realizaron el informe de auditoría no fueron

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

acreditados por la judicatura y no ostentan los años de experiencia requeridos. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que no solo se debe valorar la calidad de la prueba sino la idoneidad de esta.

Por otra parte, la víctima manifestó que no solo se debe reparar lo de la cirugía sino los gastos que estas han ocasionado en lo material e inmaterial. Consideración que fue tomada en cuenta por el Tribunal, expresando que, si bien lo inmaterial es incalculable, se ordena el pago de una suma de dinero expresada en 8 mil dólares americanos como concepto de reparación integral.

En esta acción penal el Ministerio Pública para establecer la participación y responsabilidad del procesado, utilizó la prueba testimonial de la víctima, quien indicó que el 17 de febrero del 2016 sufrió una caída, razón por lo cual acudió a una clínica privada del norte de la ciudad de Quito, en esa Entidad Sanitaria fue intervenido por el cirujano maxilofacial, el doctor R. Dueñas, el 19 de febrero del 2016, sin embargo, posterior a esta cirugía por los síntomas que presentaba, señaló que acudió a otro profesional quien le señaló que sospechaba de un caso de mala práctica y lo remitió a otra institución, en esta es valorado por un oftalmólogo y un otorrinolaringólogo, quienes diagnosticaron la existencia de una fistula nasal con pérdida de líquido céfalo raquídeo, el cual es el encargado de proteger al cerebro y la medula de los golpes.

Por su parte, la defensa presentó un certificado médico de fecha del 4 julio del 2018, realizada por un otorrinolaringólogo con DX de hipertrofia de cornetes con deformidad de la nariz por un trauma anterior no resuelto, que evolucionó hasta la pérdida progresiva del olfato.

Adicionalmente, como medio de prueba de la defensa, consta la declaración del procesado cirujano R. Dueñas, quien manifestó que es médico no odontólogo con especialidad en maxilofacial, sin registro en el Ministerio de Salud Pública, y que realizó la intervención quirúrgica por la insistencia de la clínica, por lo que intervino al paciente porque no había quien más lo haga, añadió que, la técnica utilizada fue la de Hickman con una reducción y fijación de la fractura con una mini placa y, que las complicaciones que presento son por falta de cuidado el paciente.

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

Al respecto, se tiene que, de acuerdo al artículo 4 de La Ley Orgánica de Salud, vigente a la fecha de los hechos facticos, la auditoria se considerada como la revisión de un acto o un procedimiento de acuerdo a los postulados Código Orgánico de Salud (COS), esto con el fin de contar con un informe en el cual se pueda analizar si existe o no, responsabilidad administrativa o penal en casos de demandas o denuncias. Adicionalmente, el ente regulador y, por tanto, el encargado de velar por el cumplimiento de las normas y protocolos que deben seguir los profesionales de la salud es el ministerio de Salud Pública (MSP) y sus departamentos.

Otro ente no menos importante y que pocas veces se toma en cuenta para casos de negligencia o de responsabilidad profesional, es la Ley de Amparo al Paciente - Ley 77, vigente a la fecha, que básicamente manifiesta que los pacientes tienen derecho a ser atendidos en cualquier circunstancia, conocer su diagnóstico y alternativas de tratamiento. Así, las obligaciones del personal sanitario que presta atención en el Sistema Nacional de la salud son las de respetar y hacer cumplir la Constitución Política de la República, aplicar tratamientos apegado a la evidencia científica y normativa vigente, esto es conocido como actuar apegado a la Lex Artis.

En la antigüedad y hasta fechas no muy lejanas, la medicina tradicional era paternalista, la palabra del médico era lo más sagrado y no podía ser cuestionada, muchas practicas llevadas a cabo bajo el lema o la premisa de “mi experiencia personal” eran como emitir una sentencia para el paciente. En la mayoría de los casos si existía un desenlace fatal no se podía sospechar que alguien pueda ser responsable o peor aún imaginar que los pacientes o familiares pudieran acudir a la justicia, pues los tramites y el camino que había de recorrer para alcanzar una reparación mediante la jurisdicción ordinaria era infructuosa y agobiante. Adicionalmente, se consideraba la existencia de una medicina de defensa, por cuanto que las agrupaciones o los colegios médicos eran solidarios al emitir un informe, e incluso se permitía las correcciones, emendaciones hasta ocultar la información para favorecer al profesional.

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

Sin embargo, la responsabilidad médica ha dejado de ser un mito con la introducción del delito de lesiones tipificado en el artículo 152 del COIP junto con el homicidio culposo por mala práctica profesional ubicado en el artículo 146 ibidem, es importante mencionar que para que se tipifiquen estas conductas punibles debe existir inobservancia al deber objetivo de cuidado del profesional. El bien jurídico más protegido es la salud cuando se produce un acto antijurídico que se debe sancionar. De igual manera, existen algunos caminos para reclamación, como lo son la vía administrativa, y la judicial tanto civil como penalmente.

En la jurisdicción administrativa, una vez presentada la denuncia por la víctima mediante la dirección electrónica denuncias@acess.gob.ec, se realiza una auditoría interna en base a la historia clínica, entrevistas e informes médicos de los profesionales que atendieron al paciente; si el resultado no es favorable la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Propagada (ACESS) inicia un Proceso Sanitario Especial. Tras la respectiva audiencia de juzgamiento pueden existir algunos caminos como son la absolución, la amonestación, la suspensión del ejercicio profesional o una multa.

En la jurisdicción penal, en donde se encuentran la mayor parte de denuncias, se puede iniciar la acción penal de oficio por parte del Ministerio Público cuando tiene conocimiento de un hecho lesivo o cuando es de gran interés para la comunidad, o a solicitud de parte. La etapa pre-procesal previa o llamada de investigación, es la parte de vital importancia porque durante esta se recaban la mayor cantidad de elementos materiales probatorios y evidencia física que fundamenten la acusación. Para que estos medios de prueba sean admitidos, se debe cumplir con ciertos parámetros como son: la pertinencia que no es más que referirse ya sea en forma directa o indirecta a los hechos afirmados, la utilidad que este aporte a la investigación, y la idoneidad o legalidad.

Ahora, en la jurisdicción civil, estas situaciones no están definidas como mala práctica profesional, por lo que las demandas son por daños y perjuicios, y el objetivo por esta vía de reclamo es meramente económico. Por todo lo anterior indicado, hay que tener

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

en cuenta que una Historia Clínica llenada correctamente y el consentimiento informado son piezas claves que deben estar presentes además que son un derecho del paciente y obligación de profesional. En consecuencia, la primera acción que realizará el Ministerio Público es la de incautar estas, acto seguido se realizan las entrevistas a los posibles responsables y los informes periciales realizados por peritos que en muchos de los casos no son expertos sobre el tema en concreto.

En España, la víctima debe ser quien aporte la prueba, es decir, le corresponde la carga de la prueba, el problema se da por la falta de conocimientos de este en el campo médico y la poca información que puede tener al no tener accesos a los documentos, lo que le pone en desventaja frente al profesional de la Salud. Un ejemplo de esto, es lo que sucedió cuando la Corte Suprema de Justicia de Ecuador concluyó que no constaban en el expediente elementos probatorios y tampoco se demostró el nexo causal que concluyeran la existencia de negligencia, esto reflejado en la jurisprudencia serie 18 del 09 de mayo del 2013.

En Ecuador, para garantizar los derechos fundamentales y formalidades de los procesos las pruebas deben ser confiables y que gocen de eficacia, tal como se mencionó, el proceso penal ecuatoriano se rige por el Código Orgánico Integral Penal (COIP) que en su capítulo III se describe que los medios de prueba que pueden ser: i) documental, que son archivos, registros que pueden ser solicitadas por las partes; ii) testimonial; o iii) pericial.

Por otra parte, según el cuadro de peritos del Sistema Pericial Ecuatoriano, los cirujanos maxilofaciales tratan las heridas, los aspectos estéticos de la boca, dientes y de la cara, son especialistas en el cuidado de problemas bucales como la extracción del tercer molar (muela del juicio), tratamiento del dolor de las articulaciones temporomandibular (mandíbula), tratan heridas faciales ofreciendo cirugías reconstructivas y estéticas, y el cirujano plástico se encarga de resolver todas las patologías deformantes, manejar secuelas se hace caso de personas con secuelas secundarias a traumatismo y responder interconsultas deban ser requeridos.

Además, el artículo 454 del COIP indica que, los principios que debe tener la prueba

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

son: i) Oportunidad: Que básicamente dice que las pericias serán catalogadas como pruebas únicamente en la audiencia de juicio; ii) Inmediación: Que no es más que la partes deben estar presentes; iii) Contradicción: El derecho a conocer y contradecir las pruebas; iv) Libertad probatoria: Que indica que se podrá probar por cualquier medio respetando la Constitución y los derechos humanos las pruebas pueden ser excluidas cuando violan cualquier norma.

Lo descrito anteriormente debe tener un nexo causal entre la infracción materia de la investigación y el procesado a quien se le atribuye el cometimiento de un hecho antijurídico, sin esta conexión así exista lesión no se la puede atribuir al profesional un lecho lesivo. El demandante muchas veces o en la gran mayoría de casos lleva las de perder al momento de aportar las pruebas documentales ya que las historias clínicas o los documentos que contienen información que aporte a la investigación están bajo el poder del profesional de la salud o de la casa asistencial y estos pueden ser manipulados extraviados o escondidos.

Un punto importante a mencionar es el siguiente, el Juez de Garantías Penales en la audiencia devaluatoria y preparatoria a juicio, tiene la competencia para analizar los resultados de la investigación, en esta etapa la defensa contradice e impugna las pruebas pidiendo que se excluyan o se inadmitan, es decir, en esta etapa procesal la defensa tiene que rectificar su estado de inocencia; en el presente caso, se imputa la inexperiencia de un perito por no estar acreditados y tener menos de 3 años de experiencia, más no se demuestra que se obro de forma adecuada acuerdo a lex artes. Según lo que se expresa en el testimonio del acusado se puede afirmar que el no contar con un título acreditado por el ente regulador, se trataría de un caso de negligencia tipificado en el artículo 472 del COIP.

Ahora, el recurso de apelación, no es otra cosa que, según las normas constitucionales, cuando una persona que se sienta afectado con una sentencia, pueda solicitar que se eleve a revisión por parte del superior jerárquico de quien decidió la sentencia emitida; para la presentación de este recurso, el recurrente tiene un plazo de presentación de diez días desde que se dicta la sentencia en primer nivel.

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

En este caso, el recurso de apelación mediante sorteo recayó en la sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichicha, con sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito que según los artículos 208 en concordancia con el 653 y 654 del COIP se declara competente, en esta instancia el representante del Ministerio Público rechaza el recurso de apelación, indicando que el doctor Lizarzaburo es cirujano plástico especialista en maxilofacial y el doctor Morales es odontólogo con especialidad en cirugía maxilofacial.

En el análisis del Tribunal ad quem, es decir, el superior jerárquico, indica que la finalidad de la prueba es descubrir la verdad, que no se ha faltado a ninguna norma constitucional, además, como prueba se ha presentado certificado emitido por el ministerio de Salud, el cual certifica que, el doctor Dueñas, el condenado, no tiene registrado su título de cuarto nivel. Adicionalmente, como prueba de descargo se presentó certificado de la secretaria de educación superior, ciencia, tecnología e innovación (SENECYT) que deja constancia del título que ostenta de cirujano con especialidad en maxilofacial, el oficio emitido por el Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada (ACESS) en el que se refiere el campo de acción del condenado de un odontólogo y un cirujano maxilofacial.

Al respecto, en la resolución de esta apelación, indicó el ad quem que, en concordancia con el artículo 502 numeral 1 que manifiesta que los testimonios serán valorados en relación con las otras pruebas aportadas, llegó a la conclusión del cometimiento de la falta, es decir, existe certeza positiva y nexo causal, en consecuencia, se desechó el recurso de apelación, puesto que existió un incumplimiento al deber objetivo de cuidado al no haber aplicado los protocolos para el manejo de este tipo de fracturas. De igual manera, manifestó que, los \$8000 dólares de reparación están plenamente justificados, ya que está claramente demostrado la infracción que ha causado a la víctima al incurrir en gastos innecesarios.

Finalmente, en lo que concierne al recurso extraordinario de casación, para que este justificado debe estar acreditada la ocurrencia del recurso de apelación, individualizar el yerro del juzgador e identificar la norma vulnerada.

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

Ahora, las auditorías médicas en nuestro país han sido tomadas en cuenta en muchos procesos penales, como ejemplos de casos en los cuales han sido valoradas las auditorías, tenemos el informe de examen especial practicado por la auditoría interna del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) de la ciudad de Quito a la paciente I.O.A.M., que manifestaba que los informes de anestesia están incompletos, por lo que al considerar este informe el Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, casa la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Distrital De Quito que declaro inocentes a los profesionales de la salud.

Asimismo, en la audiencia de vinculación 2019-01023, por el delito homicidio culposo con causa penal 07283-2019-01023, el informe de auditoría realizado por el MSP en el Hospital Teófilo Dávila de la ciudad de Machala, en el caso denominado mordedura del pez chalaco brujo, se concluyó que existían errores médicos, en consecuencia, fue considera como prueba convincente para formular cargos por parte del Ministerio Público y llamar a juicio a varios profesionales de esta casa.

CONCLUSIONES

Las auditorías internas son procesos administrativos ordenados por la autoridad sanitaria cuando existe una denuncia o investigación en curso, y las mismas se consolidan como un medio de prueba de relevancia al interior de los procesos penales, en el sentido que permite la construcción epistémica como presupuesto para la adopción de decisiones judiciales.

La Auditoria cuando son ordenadas por el Ministerio Público durante la etapa de investigación deben ser debidamente justificadas siguiendo el orden jurídico previsto en el sistema pericial. Existiendo algunas referencias importantes no solo en el sistema jurídico ecuatoriano, sino además de su relación que tiene en otros Ordenamiento Jurídico, con relación a su relevancia al interior de los procesos judiciales desde diferentes ámbitos.

Un elemento a analizar desde próximos trabajos de investigación, deberá girar en torno a que desde la ideoniedad y acreditación de los profesionales, y los mismos

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

podrían no ser calificados en la materia arte u oficio, a los mismos no se les exige los 5 años de experiencia, lo cual podría condicionar los resultados de esta y consecuentemente la decisión del proceso judicial.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Municipalidad del cantón Girón por la información brindada y a la Unidad Académica de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca por apoyar en el desarrollo de la investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Avello, F., & Avello, A. (2007). Nueva clasificación de las fracturas de trazo unilateral del tercio medio facial [New classification of unilateral tracer fractures of the midface]. *Anales De La Facultad De Medicina*, 68(1), 75–79. <https://doi.org/10.15381/anales.v68i1.1242>
- Banquet-Lara, B., & Cuatindioy-Chasoy, H. P. (2020). La auditoría interna y su relación con la calidad de la atención en salud [Internal auditing and its relationship with the quality of health care]. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/19110>
- Cannon, V. G. (2000). Auditoría Médica [Medical Audit]. *Pediátrica*, 3(1). Recuperado de https://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/paediatria/v03_n1/pdf/auditoria_medica.pdf
- Castillo-Cardiel, M. G.-S. (2021). Fracturas faciales, manejo quirúrgico y resultados en un hospital de tercer nivel [Facial fractures, surgical management and outcomes in a tertiary care hospital]. *Revista Española de Cirugía Oral y Maxilofacial*, 43(3).
- Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015 Última modificación: 21-ago.-2018. Recuperado de <https://n9.cl/o2op>

Código Orgánico Integral Penal (COIP). Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 Última modificación: 17-feb.-2021. Recuperado de <https://n9.cl/w5nui>

Constitución de la República de Ecuador 2008. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Última modificación: 13-jul-2011.
https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Duque-Oliva, E. J. (2005). Revisión del concepto de calidad [Review of the concept of quality]. *INNOVAR. Revista de Ciencias*, 15(25,). Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/818/81802505.pdf>

Fuente-del-Campo, A., & Ríos-Ruiz, A. (2018). El ejercicio de la Medicina y su entorno legal [The practice of medicine and its legal environment]. *Cirugía Plástica Ibero-Latinoamericana*, 44(2), 0. <https://dx.doi.org/10.4321/s0376-78922018000200002>

Lucas-Duche, S. A., & Romero-Alarcon, V. A. (2022). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el blanqueo de capitales [Criminal liability of legal persons for money laundering]. *Prohominum*, 4(3). <https://doi.org/10.47606/ACVEN/PH0142>

Mardones-M, M, Bravo-A, R, Fernández-T, M, Gunckel-M, R, & Torres-M, C. (2020). Sistemática en el Tratamiento Quirúrgico de las Fracturas Panfaciales Aplicado a un Caso Clínico De Alta Complejidad [Systematic in the Surgical Treatment of Panfacial Fractures Applied to a Highly Complex Clinical Case]. *International journal of odontostomatology*, 14(4), 590-595. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-381X2020000400590>

Navarro-Fallas, R. A. (2006). El ejercicio profesional y la responsabilidad penal, civil, administrativa y ético disciplinario derivada de su ejercicio [Professional practice and the criminal, civil, administrative and ethical-disciplinary liability derived from its practice]. *Rev. cienc. adm. financ. segur. soc (online)*., 14(1), 11-54.

Padovani-Cantón, A. M. (2012). La calidad en Salud Pública [Quality in Public Health]. *Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río. Rev Ciencias Médicas*, 16(4).

Reglamento a la ley orgánica del sistema nacional de salud, 2003. Decreto Ejecutivo 3611 Registro Oficial 9 de 28-ene.-2003. Recuperado de <https://n9.cl/wggc7>

Rodríguez-Manjarrés, R. E. (2019). Idoneidad de la historia clínica como prueba en un proceso de responsabilidad civil médica [Adequacy of medical records as evidence in a medical liability proceeding]. *Revista Vis iuris, de Derecho y Ciencias Sociales*, 105-139. doi: <https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1177>

Álvaro Cristóbal Correa-Martínez; Sergio Hernando Castillo-Galvis;
Fredy Ricardo Escobar-Escobar

Smith T. (1990). Medical audit. *BMJ (Clinical research ed.)*, 300(6717), 65.
<https://doi.org/10.1136/bmj.300.6717.65>

©2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)