PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADO

TÍTULO DE LA DISERTACIÓN:

"IMPRUDENCIA, IMPERICIA Y NEGLIGENCIA. RESPONSABILIDAD PENAL, CIVIL Y ADMINISTRATIVA DEL PROFESIONAL MÉDICO"

ALUMNO: CHRISTIAN ANTONIO FREIRE GUFFANTE

DIRECTOR: DR. NICOLÁS SALAS PARRA

QUITO - 2018

Quito, 13 de julio de 2017

Señor doctor
Íñigo Salvador Crespo
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
En su despacho

Señor Decano:

En cumplimiento de lo solicitado por el señor Secretario de Facultad, he revisado la disertación "Imprudencia, impericia y negligencia. Responsabilidad penal, civil y administrativa del profesional médico" previa a la obtención del título de abogado del señor Christian Antonio Freile.

Se han superado las observaciones iniciales en relación con textos de la tesina respecto de los cuales detectó similitud con archivos e información de diversas fuentes, luego de la revisión en el sistema URKUND.

Destaco que la temática que ha abordado el estudiante se refiere a un área sobre la que existe aún es necesaria investigación científica y estudios a nivel local. Incluso dentro del ámbito del Derecho de Daños se trata de un área de escasa producción bibliográfica en nuestro país. Por esta razón, inicio por reconocer que es un trabajo suficientemente novedoso que ha permitido a la estudiante realizar un aporte relevante.

En mi opinión, los capítulos I a V, dedican una importante porción del trabajo a desarrollar conceptos que sirven como antecedente o están relacionados con el trabajo pero que (i) no constituyen ni abordan directamente el problema y la hipótesis que plantea y (ii) son, en varios casos, cuestiones sobre las que existen abundantes fuentes a las que el lector puede recurrir (por ejemplo: la responsabilidad, imprudencia, impericia, negligencia, entre otros). En el contexto del trabajo no aparece justificado el tratamiento exhaustivo de esos temas en relación con el problema e hipótesis planteados. Bastaba una referencia o análisis breves para dar mayor espacio al tratamiento de los argumentos que justifican la hipótesis propuesta.

El estudiante, en su conclusión principal sugiere que debe instaurarse en nuestro ordenamiento "la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad médica con parámetros realistas y no con normas constitucionales que establecen derechos, pero que no se reglamentan adecuadamente". En mi opinión, esta conclusión deja de estimar, al menos en parte, el desarrollo infraconstitucional y jurisprudencial en la material.

No aparece sustento exhaustivo para algunas de las conclusiones a las que arriba la tesina; sobre ellas se ahondará en la defensa oral. Conviene además que en la defensa oral se aclaren aspectos conceptuales respecto de la teoría

Recibido 13/07/2017

general de responsabilidad y su aplicación de los distintos supuestos de responsabilidad médica.

Finalmente, debo indicar que la investigación realizada respeta los parámetros mínimos de rigurosidad científica aplicables. El trabajo contiene las referencias bibliográficas y citas de pie de páginas necesarias para demostrar la tarea investigativa efectuada y el respeto a la propiedad intelectual ajena.

Por las razones que se detallan en este informe, asigno al referido trabajo, la calificación de 8/10 **(ocho sobre diez).**

Muy atentamente,

Dunker Morales Vela

Quito, 02 de marzo de 2017

Señor doctor
Íñigo Salvador Crespo
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Señor doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario Abogado de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

En contestación al oficio No. 016-SJG-2017, de 08 de febrero de 2017, a través del cual se me corrió traslado con la designación de Profesor Informante de la disertación de abogacía titulada "IMPRUDENCIA, IMPERICIA Y NEGLIGENCIA, RESPONSABILIDAD PENAL, CIVIL Y ADMINISTRATIVA DEL PERSONAL MÉDICO" del estudiante Christian Antonio Freire Guffante, me permito, dentro del plazo señalado para el efecto, presentar mi informe en los siguientes términos:

A) La tesis presenta un tema de investigación de actualidad, de importante relevancia y muy discutido en la realidad nacional.

B) La problemática de la relación médico – paciente, el vínculo jurídico que se forma entre ellos y el Estado, y las consecuencias de índole jurídico que produce esta relación han sido sin lugar a dudas uno de los tantos puntos de estudio por la doctrina nacional e internacional y que ha dado lugar a lo que muchos ya consideran una rama particular de nuestra experticia denominada "Derecho Médico". Por lo tanto, considero que el trabajo de investigación hizo bien en identificar y analizar un problema jurídico actual, latente, controversial y muy discutido.

C) La tesis propone desarrollar seis temas de estudio: la naturaleza jurídica de las prestaciones médicas, la responsabilidad médica, los deberes del médico, la impericia, negligencia e imprudencia médica, el estudio de las normas deontológicas médicas y la reparación de daños derivados de esta responsabilidad.

D) A criterio de este lector, cada capítulo previamente enumerado, puede llegar a constituir un tema de investigación o tema de tesis. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, sobre todo la primera, es tan amplia, que bien se pudo haber enfocado el estudiante en analizar, de manera más detallada, cualquiera de esos puntos.

propuesta. Por ejemplo, en las conclusiones se menciona en lo referete a daños el famoso caso Tibi Vs Ecuador que no se lo mencionó a lo largo de la investigación y hubiese valido la pena mencionarlo, así como otros casos similares.

M) Las conclusiones a las que arriba el señor estudiante no guardan concordancia con los objetivos planteados inicialmente, no me parece que el estudiante haya planteado un nuevo sistema normativo o brindado alguna solución para la problemática propuesta.

N) Sin lugar a dudas rescato el esfuerzo realizado en la investigación y esta crítica al trabajo del estudiante la realizo con el fin de que pueda mejorar su trabajo de investigación.

O) Por todas las consideraciones expuestas, califico con 7 sobre 10 la disertación de abogacía cuyo análisis, lectura e informe se me ha encomendado.

Atentamente,

Eduardo León Micheli
Profesor Informante

DEDICATORIA

A mi esposa y mis hijos quienes han estado a mi lado en los momentos más cruciales de mi vida y han sido mi motor para esforzarme a cumplir las metas personales y profesionales que me he trazado.

A mis padres quienes me infundieron la ética y el rigor que guían mi transitar por la vida.

CHRISTIAN ANTONIO FREIRE GUFFANTI

AGRADECIMIENTO

A mi distingido Director de Disertación: Dr. Nicolás Salas Parra, por su excelencia académica y asesoramiento, ejemplo de sabiduría que me ha estimulado para seguir creciendo intelectualmente.

A todos los maestros de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por ser la piedra angular de mi formación profesional.

CHRISTIAN ANTONIO FREIRE GUFFANTI

1. ABSTRACT

In the Ecuadorian legal system, medical liability does not maintain absolute coherence with the rules that govern it, understanding that in public matters, constitutionally established the figure of civil liability based on the "Theory of Risk", but in private matters rules of the Ecuadorian Civil Code, which although it establishes, that anyone who causes damage must repair it, must prove in advance that he acted negligently, which is more in the area of subjective responsibility, since being the damages. A matter evidently civil, it is important that arise by a wrongful act of the medical professional, which legally falls within the jurisdiction of the quasi-delict, being necessary to record that, in the case of an intentional action, these offenses are criminalized in Ecuadorian criminal law. The current trend in medical criminal responsibility, as can be seen in comparative law, especially in Chilean legislation, is that the criminal process, in the face of quasi-delinquency, address the problem in the context of reparation of the victim, nothing that in the criminal proceedings, related to that subject, has opted for the abbreviated procedure, in which the judge urges the parties to an agreement, tending, likewise that these matters, in the future are subject to the civil verbal procedure, which shows that in our legislation the rules and procedures for the proper exercise of the rights of victims of negligence, malpractice are not yet clear; as well as an adequate procedure to determine criminal liability arising from medical malpractice and the duty of integral reparation of the victim by the State, since health is a public service.

2. RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la responsabilidad médica no guarda absoluta coherencia con las normas que la rigen, entendiendo que en materia pública, constitucionalmente se instauró la figura de responsabilidad objetiva civil basada en la "Teoría del Riesgo", pero en materia privada rigen las normas del Código Civil Ecuatoriano, el cual, si bien establece, que todo aquel que cause daño debe repararlo, debe probarse con antelación que obró negligentemente, lo que esta más en la esfera de la responsabilidad subjetiva, puesto que, siendo las indemnizaciones por daño, una materia evidentemente civil, importante es que éstas surjan por un actuar culposo del profesional médico, lo que jurídicamente es competencia del ambito cuasidelictual, siendo necesario dejar constancia que, en caso de existir un obrar doloso, estas infracciones se encuentran tipificadas en el ordenamiento penal ecuatoriano.

La tendencia actual de la responsabilidad penal médica, como se puede evidenciar en el derecho comparado, sobretodo en la legislación Chilena, es que el proceso penal, frente a los cuasidelitos, aborden el problema atendiendo a la reparación de la víctima, destacando que en los juicios penales, relacionados con el tema, se ha optado por el procedimiento abreviado, en el cual el juez insta a las partes a un acuerdo, tendiéndose, asimismo a que estas materias, a futuro sean competencia del procedimiento verbal civil, lo que evidencia que en nuestra legislación no están aun claras las reglas ni los procedimientos para el correcto ejercicio de los derechos de la víctimas de la negligencia, impericia e imprudencia de la práctica médica; así como, tampoco un adecuado procedimiento para determinar responsabilidades penales derivadas de una mala práctica médica y el deber de reparo integral de la víctima por parte del Estado, siendo que la salud se trata de un servicio público.

3. TABLA DE CONTENIDOS

1. SUMMARY

2. RESUMEN

3. TABLA DE CONTENIDOS

4. INTRODUCCIÓN

5. DESARROLLO DEL TRABAJO

3.1. CAPÍTULO I	Naturaleza Jurídica de las Prestaciones Médicas
3.2. CAPÍTULO II	De la Responsabilidad Médica
3.3. CAPÍTULO III	Deberes del Médico
3.4. CAPÍTULO IV	De la Impericia, la Imprudencia y la Negligencia Médicas
3.5. CAPÍTULO V	Las Normas Deontológicas Ecuatorianas frente a la Responsabilidad Médica
3.6. CAPÍTULO VI	Reparación de los Daños

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7. BIBLIOGRAFÍA

4. INTRODUCCIÓN

- **Exposición de razones que motivaron el estudio**

El Derecho y la Medicina, inician su relación en el hecho de que son ciencias prácticas que comparten el estudio al mismo sujeto: el hombre. Son ciencias que en la historia han generado conflictos; por cuanto ambas tienen la particular característica de ser dos saberes altamente influyentes y necesarios para la vida, pues cada una debe aportar certezas a situaciones que, por su esencia, son cambiantes y presentan un alto grado de incertidumbre.

Las ciencias médicas aseguran únicamente que lo realizado bajo su tutela en un caso particular, responde a las directrices y protocolos de la *lexartis*. A su vez, el Derecho sólo asegura que si la conducta del profesional se ajusta a las directrices y protocolos de la *lexartis*, muy probablemente será exonerado de responsabilidad en caso de verse implicado en un reclamo judicial. Pero ninguna de las dos asegura el resultado de lo realizado médica o judicialmente.

La ciencia médica y la actividad que la soporta y la rodea, no esta basada en parámetros de certeza definitivos que necesariamente conduzcan al resultado esperado a pesar de cumplir con todos los protocolos que la atención de determinada patología lo requiera según la lexartis, cuestión que plantea y lleva a cuestionamientos de orden jurídico como:

- La garantía constitucional de la que goza el ciudadano ecuatoriano como usuario del servicio de salud, que en nuestra carta magna, se lo considera como un servicio público, el mismo que debe prestarse con el máximo estándar de calidad sin que esto requiera de los profesionales de la salud acciones heróicas o imposibles desde el punto de vista ciéntífico, peor aun que no gocen de respaldo técnico científico. Sino el cabal cumplimiento de sus funciones como médicos y como servidores públicos.

- La reparación integral a la víctima de mala practica médica, siendo el Estado el garante constitucional del derecho a una correcta, eficaz y apropiada atención de salud de sus ciudadanas y ciudadanos; y, residentes del Ecuador.

- El estudio de investigación sobre la impericia, la negligencia y la imprudencia médicas, se justifica porque en ellas hay un atentado al derecho a la vida e integridad de la persona humana, así como al derecho a la salud, todos contemplados como derechos humanos en las diversas convenciones internacionales y como garantías en nuestro ordenamiento constitucional.

Nuestro actual Código Orgánico Integral Penal contempla en su artículo 146 al homicidio culposo por mala práctica profesional, siendo estos actos concebidos como infracción culposa, entendiendo que ningún profesional de la salud, por principio general, afectaría el bienestar del paciente a su cargo de manera dolosa.

Con relación a la reparación del daño, existe notoria diferencia entre el tratamiento de un daño producido por un médico privado y uno que sea servidor público, a pesar de que según lo prescrito en el Artículo 362 de la actual Constitución, la atención de salud se cataloga como servicio público aunque sea proporcionado por entidades privadas. Sin embargo, atendiendo al texto de la norma constitucional que trata como "servicio público" a la atención de salud brindada por entidades privadas, pone en duda la aplicabilidad a éstas, del inciso 2 del Artículo 9 de la Constitución de Ecuador que establece la responsabilidad objetiva del Estado, los funcionarios que ejercen las atribuciones y competencias en el ámbito de la salud, asunto que no es claro en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente (R.O. Nº 626 suplemento de 03.02. 1995), ya que si hubiese una interpretación amplia bastaría simplemente demandar por daños y perjuicios al Estado por una falta o deficiencia de un servicio público, a pesar de que quien cometió la infracción sea una entidad privada, no existiendo precedentes que esto haya acontecido hasta el momento que permita generar un precedente.

El referido artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, atiende a la infracción del "*deber objetivo de cuidado en el ejercicio o práctica de una profesión y como consecuencia de aque-*

llo se ocasione la muerte a una persona, delito que se sanciona con una pena privativa de libertad de uno a tres años, y si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, la pena es de tres a cinco años".

Dicha figura penal tiene concordancia con el artículo 27 del mismo cuerpo normativo, que hace referencia a la culpa, cuando señala que *"actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso."*

En consecuencia, existe una responsabilidad objetiva en materia constitucional, recogida por el Código Orgánico Integral Penal, como una responsabilidad penal basada en la infracción del deber objetivo de cuidado, analizando en cada situación la profesión y las acciones tomadas frente a la situación y si se aplicaron los conocimientos para prevenir situaciones riesgo y que confluyan la previsibilidad y la evitabilidad del hecho, como se señala en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 146 indicado en líneas anteriores.

Si la conducta se encuadró dentro de este tipo penal, para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, se aplicará el segundo inciso del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere al proceso de habilitación, en concordancia con el artículo 65 ibídem, donde queda de manifiesto que cuando se comete una mala práctica médica, debido a que la infracción tipificada, tiene una relación directa con el ejercicio profesional, la o el juzgador en la sentencia, deberá inhabilitarla para el ejercicio de la profesión, pese a que esta inhabilitación no se encuentra en una norma que expresamente lo mande, ya que, el inciso 2° del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal no se refiere a inhabilitación alguna como tal.

- **Planteamiento sintético del problema**

La reparación integral de la víctima de mala práctica médica, por principio prescrito en el artículo 78 de la Constitución del Ecuador, es una responsabilidad del Estado por tratarse en cualquier caso de un servicio público, esto es que el Estado estaría obligado a reparar este tipo de daños, pudiendo este después repetir contra el causante directo.

- **Objetivos**

Objetivo general: Proponer un sistema normativo que vincule los derechos constitucionales y legales de los pacientes y la actividad profesional de los médicos, al deber constitucional del Estado de garantizar un servicio de Salud efectivo, eficaz y oportuno de calidad y con calidez, y por ende, responsable de infracciones penales, civiles y /o administrativas posibles, como consecuencia de la imprudencia, la impericia o la negligencia de los profesionales de la salud.

Objetivos específicos: Privilegiar la reparación integral del daño por parte del Estado, en calidad de garante constitucional de un servicio público, ya que, poco importa que se trate de una responsabilidad contractual o extracontractual, de cualquier modo, tratándose de una obligación de medios, pues para no responder por el daño debe el profesional acreditar que obró conforme las normas de la lexartis.

Al privilegiar la reparación del daño, debe establecerse los procedimientos adecuados, siendo acertado lo expuesto por el eximio jurista argentino Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, en su obra "Tendencias finiseculares del Derecho Penal", cuando aludiendo al Derecho Penal Mínimo sostiene que éste reorienta la intervención punitiva hacia los delitos graves y gravísimos como los crímenes de genocidio, económicos o ecológicos y, a la vez, alude a "abolición del sistema penal" proponiendo reemplazarlo por mecanismos formales e informales de solución de conflictos.[1]

- **Hipótesis general**

La inexistencia de un sistema de normas que regulen la responsabilidad civil y administrativa de los médicos y profesionales de la salud hace prácticamente imposible la reparación integral del daño causado a la víctima o a sus familiares, ya que si bien contamos con el tipo penal

[1] **ZAFFARONNI, Eugenio Raúl:** Tendencias finiseculares del Derecho Penal www.bibliojuridica. org/ libros/3/1376/17.pdf. (acceso 17.08.09)

punitivo en el Código Integral Penal, la reparación integral tiene también un componente civil del derecho, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa a la que pudiere haber lugar. Sin embargo, debe tenerse en consideración a los artículos 32, 33 y 34 del Código Orgánico de la Función Judicial en los que se señalan reglas específicas para la sustanciación de los procesos por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia. Es decir, en los artículos 32 y 33 el código hace referencia a la responsabilidad objetiva y en el artículo 34 sobre la responsabilidad subjetiva en esa clase de juicios.

En lo referente a la materia investigada, importante es señalar lo contemplado en los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución de la República, los cuales expresamente señalan que:

> *"3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor o servidora pública.*
>
> *Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*
>
> *Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*
>
> 5. *En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia."*

Muchas normas de la Carta Magna hacen mención a la aplicabilidad de los derechos humanos, pero para que haya una responsabilidad objetiva de centros de salud, tanto públicos como privados, las normas existentes no son categóricas, pese a lo dispuesto expresamente en el artículo 1 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, artículo reformado por la Ley No. 67, publicada en Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de Diciembre del 2006, que define a los Centros de Salud:

> *"…como una entidad del sistema de servicios de salud pública o privada, establecida conforme a la Ley para prestar a las personas atención de salud integral de tipo ambulatorio y de internamiento. Es, además, un centro de formación de personal de salud y de investigación científica.*

Se consideran servicios de salud a:
a) Hospitales;
b) Clínicas;
c) Institutos Médicos;
d) Centros Médicos;
e) Policlínicos; y,
f) Dispensarios Médicos.

En concordancia con el artículo anterior, el artículo 362 de la Constitución de la República establece:

"Artículo 362.- *La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes."*

Ahora, si bien existen normas sobre responsabilidad objetiva del Estado, que son normas de derecho público ¿puede un juez establecer responsabilidad objetiva respecto de las clínicas privadas que por la constitución y la ley ***«atienden la salud como servicio público?***

En mi modesta opinión, pese a la buena intención del legislador rige el principio romano: ***«quae no sunt permissae, prohibita intelligentur»,*** es decir, en Derecho Público sólo se puede hacer lo que está permitido, por mucho que existan normas amplias en la actual Constitución, ello no otorga un "cheque en blanco" para establecer responsabilidades indiscriminadamente porque "atender la salud como servicio público" no es lo mismo que "servicio público de salud" ejecutado por instituciones estatales o por delegatarios, concesionarios o toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, situación que se encuentra solventada en el derecho comparado, como acontece con el Código Civil del Brasil que extendió el concepto de responsabilidad objetiva para los casos relacionados con esta investigación.

- **Metodología**

Los métodos utilizados en la presente investigación fueron los siguientes: métodos inductivo - deductivo y método descriptivo o de observación.

Método Inductivo.-

En toda clase de investigación los métodos que se utilizan para descubrir la verdad o confirmarla son el inductivo y el deductivo conocidos también como lógicos o científicos respectivamente. En esta parte cabe señalar que individualmente no es bueno aplicar esta clase de métodos porque entre si se relacionan, ya que se utilizan siempre en forma combinada, así lo he utilizado en la presente investigación.

Se aplica este método, ya que comprende cuatro fases para llegar a determinar los hechos:

a) la observación;

b) la experimentación,

c) la comparación,

d) la abstracción; y,

e) la generalización.

Método deductivo

Siguiendo el método deductivo, a contrario sensu del método anterior, se siguió un proceso sintético analítico, donde se presentó conceptos, principios, definiciones, leyes o normas legales, de las cuales se extraen conclusiones o consecuencias en las cuales se aplican. Los pasos seguidos en este método fueron: a) la aplicación, b) la comprensión y c) la demostración.

Método descriptivo

Con este método se realizó una observación minuciosa actual de hechos, fenómenos y casos. Se ubica en el presente, pero no se limita a la simple recolección y tabulación de datos, sino que procura la interpretación racional y el análisis objetivo de los mismos, con la finalidad de cumplir los objetivos específicos señalados anteriormente.

Método analítico

Mediante su aplicación prioricé el análisis de las deficiencias de las normas actuales para someterlas a un estudio independiente poniendo énfasis en convenciones internacionales y normas de derecho comparado que regulan el tema. Mediante este método se logró hacer un análisis crítico del tema investigado a fin de alcanzar una comprensión total del mismo.

Método Sintético

Aplicando todo lo relacionado con la variedad de factores que provocan la ineficacia de las normas actualmente se llegará a un todo concreto que permitirá fundamentar su cambio.

Se justifica, además, porque si se contemplan normas severas que regulen el adecuado ejercicio de los profesionales no sólo médicos sino que de la salud, ello propenderá a un mejoramiento en la atención profesional por la existencia de normas que no dejen en la impunidad a esta clase de conductas.

- **Señalamiento sumario de los contenidos de cada capítulo**

Capítulo I

El capítulo I se refiere a la naturaleza jurídica de las prestaciones médicas, es decir, a su carácter contractual o extracontractual de la prestación médica, analizándose los alcances de cada uno de ellos, pudiendo señalarse que en materia de responsabilidad civil, poco importa esta división, ya que es principio general del Derecho que todo el que causa un daño debe repararlo.

Capítulo II

Este capítulo se refiere a la responsabilidad médica, dividiéndose en responsabilidad civil, penal y administrativa. En la responsabilidad civil se analiza las distintas clases de responsabilidades existentes en el ordenamiento jurídico, comenzando con la responsabilidad contractual y la extracontractual, en este último caso con la responsabilidad subjetiva y objetiva civil, analizando posteriormente la división de Desmogue entre obligaciones de medio y de resultado, destacando que mayoritariamente las obligaciones de los médicos son de medio, salvo algunas excepciones como ocurre con cierta clase de cirugías estéticas.

El daño moral o extrapatrimonial, se puede determinar cuando la afectación realizada alcanza al patrimonio de dicho individuo y debe repararse. Cabe distinguir entre daño moral subjetivo, "puro", de afección, y daño moral objetivo u "objetivado". El daño moral objetivo lesiona un derecho extra patrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valorables.

El daño moral es subjetivo, cuando se lesiona un derecho extra patrimonial sin que esta afectación tenga una repercusión patrimonial, es decir, que se constituye en un disturbio al contexto psisológico del afectado, que signifique una valoración un poco más difícil de cuantificar y queda a criterio del juzgador.

Capítulo III

Trata de los deberes del profesional médico, comprendiendo en el deber de informar y aconsejar que precede al consentimiento informado; posteriormente el deber de asistencia haciendo énfasis en que, la falta de asistencia genera responsabilidad al profesional y al centro de salud, finalmente, se trata del deber de prudencia, es decir, que el médico debe obrar dentro de la lexartis. De igual forma, se analiza el incumplimiento de los deberes del médico y, también, los del paciente.

Capítulo IV

Este capítulo se refiere a la imprudencia, la negligencia y la impericia médicas como causantes de responsabilidad civil inintencional.

Capítulo V

En este capítulo se hace una breve reseña de las normas deontológicas ecuatorianas en lo que dice relación con la responsabilidad de los médicos y de los centros de salud.

Capítulo VI

Este capítulo se refiere a la reparación de los daños, atiende a las diversas clases de responsabilidades a que se refieren los capítulos anteriores, para, finalmente concluir con las tendencias doctrinarias modernas, haciendo una breve referencia a la responsabilidad objetiva instaurada en forma general en el Código Civil del Brasil del año 2002.

CAPÍTULO I
NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PRESTACIONES MÉDICAS

1.1. Carácter contractual o extracontractual de la prestación médica

En nuestro ordenamiento jurídico existen dos clases de responsabilidad civil, en lo que dice relación con las prestaciones médicas, las cuales son tratadas en el Código Civil, en su artículo 1453, que textualmente dispone:

> *"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (…) ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos…".*

Esta clasificación obedece a la denominada teoría dualista, que diferencia los dos tipos de responsabilidad atendiendo al origen de las mismas, y a la tradicional división entre obligaciones contractuales y no contractuales, adoptada desde la doctrina francesa.

La teoría dualista, según expresa el jurista peruano Dr. Jesús Portal Castrejón:

> *"sostiene que la responsabilidad contractual es absolutamente distinta de la responsabilidad extracontractual. Esta posición extremista ha sido defendida por la doctrina clásica francesa, tal como lo ha manifestado Luis De Gasperi y Augusto Morello: "La división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual es una consecuencia de la doctrina clásica francesa" siendo sus principales defensores los juristas Zachariae, Larombiere, Aubry y Rau. El fundamento esencial de esta teoría es su concepción de una dualidad de culpas, es decir que, para sus defensores, existe una culpa contractual y una culpa extracontractual, ambas totalmente distintas, "la culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; la culpa extracontractual es independiente de una obligación preexisten-*

te y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar. De allí que la culpa contractual es simplemente un efecto de la obligación y, en cambio, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva" o dicho de otro modo y desde la óptica del daño, "a veces el acto lesivo aparece como consecuencia de una obligación anterior, y otras veces el acto lesivo constituye la fuente de una obligación nueva". [2]

Fue el jurista belga Charles Sainctelette en su obra "De la responsabilité et de la garantie" quien sostuvo la tesis dualista, hablando de responsabilidad para el campo extracontractual y garantía para el contractual, según expresa el jurista francés Geniviviève Viney, cuando expresa que: "el binomio entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual proviene de una oposición radical entre la ley y el contrato".[3]

La teoría de la dualidad de las obligaciones fue acogida legalmente por el Código Civil de Napoleón de 1804, siendo la base del Código Civil Chileno de 1855 redactado por Andrés Bello que fue textualmente puesto en vigor en el Ecuador en 1857.

Esa dicotomía absoluta entre la ley y el contrato propuesta por Charles Sainctelette, finalmente, se ha reflejado en el divorcio entre el derecho público y el derecho privado que puede apreciarse en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se aprecia un Código Civil que sustenta la responsabilidad contractual y extracontractual y constituciones como la de 1998 y del 2008 que establecieron la responsabilidad objetiva del Estado y sus agentes, dándose la paradoja que en materia de responsabilidad médica existen dos sistemas que la rigen dependiendo si el profesional médico es o no servidor público.

Ratifica lo anterior lo establecido en los Arts. 20 y 22 de la Constitución Política de la República de 1998 en donde existían normas claras acerca de la responsabilidad objetiva del Estado, las que se transcriben a continuación:

---

2 **PORTAL CASTREJÓN, Jesús:** Apuntes acerca de la responsabilidad civil. Revista Jurídica Cajamarca. http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/REVISTA3/responsabilidad.htm

3 **VINEY, Geniviève:** Introduction à la responsabilitè. Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin, 2ª Edición, París, Francia, citado por Rodrigo Xavier Leonardo en su obra "Responsabilidade civil contratual e extra – contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro., Revista Ciencia y Cultura Nº 30, Curitiba, Brasil, 2002, pág 112.

Constitución Política de 1998

"Artículo 20.- *Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.*

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

Artículo 22.- *El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Artículo 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable."*

Lo anterior se reitera en términos similares en la Constitución actual, en el numeral 9 del Artículo 11, que establece:

"*Artículo 11.-* *EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

9. *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

   El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

   El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

   El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

   Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos."

Es loable la intencionalidad del legislador constitucional, al establecer estas normas que, confrontadas con la realidad, son más retóricas que efectivas, normas que la doctrina norteamericana califica como "blue sky laws" o leyes de "cielo azul", o como se señala en el ámbito sudamericano normas de "ostentación pública" que carecen de una debida eficacia. [4]

La Constitución de la República del 2008 estableció, por ejemplo, el "sistema de protección de víctimas y testigos" en su Artículo 198, cuando expresa que:

> *"La Fiscalía General del Estado dirigirá el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, para lo cual coordinará la obligatoria participación de las entidades públicas afines a los intereses y objetivos del sistema y articulará la participación de organizaciones de la sociedad civil. El sistema se regirá por los principios de accesibilidad, responsabilidad, complementariedad, oportunidad, eficacia y eficiencia."*

Como puede apreciarse, en teoría, las palabras de la ley contemplan un sistema de protección a las víctimas plagado de derechos y políticas tendientes al tratamiento de los afectados, concordando esa retórica con "el bien común de los ciudadanos", pero, al revisar la realidad, difícil es mantener la objetividad frente a un absurdo de estas características, pues las normas se quedan en "pura semántica", cuando se advierte que, según la edición impresa del 21 de febrero del 2009 del Diario El Telégrafo, que actualmente hay 1.453 protegidos en el país por el Programa de Protección y Asistencia a víctimas, testigos, y demás participantes en el Proceso Penal, que cuenta con 94 mil dólares anuales. (USD. 94.000) [5]

De vuelta al tema de la responsabilidad objetiva del Estado, las normas existentes presentan un grave problema, toda vez que habiéndose determinado por la actual Constitución que el sistema nacional de salud, según el Artículo 362 se prestará como un servicio público de las entidades estatales, privadas, autónomas etc. ¿qué debemos entender en la expresión "prestarse como servicio público"?, que sin ser las entidades privadas de salud delegatarios, concesionarios o personas que actúen en el ejercicio de una potestad pública, ¿hagan responsable al Estado para que repita contra aquellos? ¿a qué régimen, entonces, debe atenerse quien ha sufrido un daño por parte de un profesional de la salud?.

---

4 **LAMBERT**, Jacques: América Latina, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1973, pág. 464

5 **DIARIO EL TELÉGRAFO DE GUAYAQUIL**: Tomado de la edición impresa del 21 de febrero del 2009.

Ateniéndonos a la supremacía constitucional expresamente consagrada, podría pensarse en una derogación orgánica efectuada por la Constitución del 2008 a todas las normas del Código Civil en lo que dice relación a responsabilidad médica, calificada como servicio público. Fenómenos no extraños al nuevo cuerpo constitucional, que a mi modesto entender derogó orgánicamente, en forma absoluta, el parágrafo 4º del título preliminar del Código Civil, cuando en los arts. 424, 425, 426 y 427 de la Carta Fundamental del 2008, señala la supremacía constitucional y en una redacción que pugna con los principios generales del Derecho y el espíritu general de la ley, dispone:

> *"Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional".*

Curiosa, por decir lo menos, resulta esta disposición, que además de su pésima redacción y haciendo tabla rasa de las normas de interpretación del Código Civil, universalmente consagradas, las deroga orgánicamente, puesto que aquellas se contradicen en forma notoria con el numeral 7 del Artículo 11 de la Carta del 2008, el cual señala que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, "no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas (…) que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento".

No viene al caso aclarar la norma que está vigente con la Corte Constitucional, que tiene como obligación aplicar la Constitución, estimando para el efecto, y muy respetuosamente recurrir a la jurisprudencia comparada, para señalar qué se entiende por "derogación orgánica", la cual es definida por el magistrado ponente de la Honorable Corte Constitucional de Colombia Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en sentencia C-159 de 24 de febrero del 2004, concluyó lo siguiente:

"El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define derogar como abolir, anular una cosa establecida como ley o costumbre. Según el derecho romano, la derogación viene de latín derogare, que supone la revocación parcial de la ley, a diferencia de la abrogación que significa la supresión completa de una ley (…) La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, solo se da es verdad cuando la nueva ley "regule íntegramente la materia" que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre estas y las de la ley anterior. Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad estos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece".[6]

Conforme expresa lo transcrito y la doctrina comparada sobre la materia, ha habido, respetuosamente a mi entender, una derogación orgánica del parágrafo 4º del Título Preliminar del Código Civil, no obstante, pese a estas falencias de nuestro ordenamiento jurídico, realizo el análisis de las diversas responsabilidades civiles del profesional médico que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1.1. Carácter contractual

En su mayoría, la doctrina partidaria de la naturaleza contractual de la relación médico – paciente, contrato que no requiere de grandes solemnidades pudiendo ser verbal, telefónico y hasta tácito, bastando simplemente la concurrencia de la voluntad de dos personas capaces, que consientan en dicho acto y *que su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre*

[6] **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**: Sentencia C-159 de febrero de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, Colombia, 2004. www.cntv.org.co/.../**cc**_sc.../**2004**/**c-159_2004**.html (acceso 29.08.09)

un objeto lícito y que tenga una causa lícita, como se desprende del artículo 1461 de nuestro Código Civil.

El contrato fue definido en la Roma antigua por Ulpiano, quien expresó "duorum pluriumve in idem placitum consensus", es decir que el contrato es el "mutuo acuerdo de dos o más personas sobre el mismo objeto".

Según el jurista argentino Dr. Ricardo Luis Lorenzetti**:**

> "El contrato es concebido como el resultado del consentimiento negociado libremente entre dos partes iguales que se hacen promesas recíprocas de comportamientos futuros. Este modelo está tan incorporado en la cultura jurídica que se lo considera "clásico", se lo asume acríticamente, y hasta se considera al contrato como una "cosa" existente fuera de las reglas que lo permiten".[7]

Puede afirmarse que son numerosos los conceptos de contrato disponibles actualmente en el derecho nacional como comparado, pero éstos continúan adscritos a la concepción de un acuerdo de voluntades válidas y autónomas, generadoras de consenso, que a su vez, son fuente inmediata de derechos y obligaciones, recíprocas o no.

Por estas razones, a fin de adaptar los conceptos al Siglo XXI estimé necesario invocar al jurista brasileño Dr. César Fiuza, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, quien en el año 2005 definió al contrato como:

> "el acto jurídico lícito, de repercusión personal y socio-económica, que crea, modifica o extingue relaciones convencionales dinámicas, de carácter patrimonial, entre dos o más personas, que, en un régimen de cooperación, vela por atender las necesidades individuales o colectivas, en busca de la satisfacción personal, promoviendo así la dignidad humana".[8]

[7] **LORENZETTI, Ricardo Luis**. Tratado de los contratos. Parte general. 1. ed., Santa Fé, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, , 2004, pág. 9.
[8] **FIUZA, César**: Derecho Civil: Curso completo. 9ª ed. Revisada, actualizada y ampliada. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, Brasil 2006, pág. 388.

Razón tiene el jurista brasileño al definir al contrato introduciéndole repercusiones personales, socio – económicas y de dignidad humana, especialmente en lo relacionado con el contrato de prestaciones médicas en que está involucrada la salud, que, según el artículo 32 de la Constitución del 2008, "*es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos y en el cual, de acuerdo a instrumentos internacionales de aplicación obligatoria en el Ecuador, tiene relación con el derecho humano a la integridad física y psíquica de las personas."*

El jurista brasileño Dr. Márcio Roberto Harger refiriéndose a la relación médico – paciente señala que:

> "La doctrina se divide en dos corrientes. La primera proclama que la responsabilidad médica es siempre contractual; la segunda sustenta que existen casos excepcionales en que ella será extracontractual. El sustrato de la primera corriente está en hecho de que el paciente (o alguien en su nombre), al procurar al profesional de la salud, éste está aceptando tratarlo, firmando un negocio jurídico. Ello asienta la idea que el contrato de prestación de servicios médicos no exige formalidades, pudiendo ser verbal o hasta tácito, y, para su perfeccionamiento, bastaría el acuerdo de voluntades entre personas capaces, y el objeto en cuestión es lícito (…) Renombrados estudiosos se pronuncian por el entendimiento contractualista del vínculo jurídico que une al profesional médico con su cliente/paciente…".[9]

Así como, el jurista argentino Dr. Roberto A. Vázquez Ferreyra, dice:

> "Es opinión mayoritaria la que considera que el contrato médico es un contrato multiforme o proteiforme cuyas principales caracteristicas son las siguientes:
>
> a) Es un contrato intuito personae, esto es: un acto de confianza para las dos partes; principalmente, desde el ángulo del paciente que elige al médico.

[9] **HARGER, Marcio Roberto:** La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente. http://advocacia. pasold.adv.br/artigos/arquivos/naturezajuridicadarelacaomedicopaciente.doc

b) De esa calidad de contrato intuito personae deriva la rescindibilidad del mismo, a instancia de cualquiera de las partes.
c) Con frecuencia el contrato médico es de tracto sucesivo, máxime si se tiene por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo.
d) El contrato en esencia es bilateral (…) cuando se pacta una remuneración, al engendrar para las dos partes obligaciones en situación de reciprocidad desde el momento de su celebración.
e) Si el contrato es bilateral será a la vez oneroso (....), desde el momento que en este aspecto hay coincidencia entre el sinalagma y la onerosidad.
f) En el contrato existen dos obligaciones principales 1- el facultativo ha de satisfacer una prestación de salud (asistencia médica o intervención quirúrgica), y 2- el enfermo habrá de pagar los honorarios (esta obligación del paciente es de resultado).
g) El negocio médico es civil
h) El contrato es de forma libre o no formal".[10]

1.1.1.1. Jurisprudencia francesa

Según expresa el jurista mexicano Pedro Alfonso Labariega Villanueva, al referirse a la relación médico - paciente, cuando señala que:

> "Existe una sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de mayo de 1936, que es ya un precedente clásico, por la gran trascendencia que ha tenido en torno a la discusión doctrinal sobre la existencia de un contrato de servicios médicos, en donde clara y contundentemente se dictaminó: «Que entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que comporta para el facultativo la obligación, si no de curar al enfermo, sí la de prestarle asistencia tal que parezca enunciar una atención ordinaria, sino concienzuda y atenta, salvo circunstancias excepcionales,

[10] **VÁZQUEZ FERREYRA,** Roberto A.: La responsabilidad civil de los médicos, págs., 3 y 4. www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf

conforme a las reglas del arte, y la violación incluso voluntaria de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, es decir, contractual»".[11]

Esta relación de tipo contractual señalada por la Corte de Casación de Francia, puso énfasis en las obligaciones de medio, donde obviamente cabe al profesional probar que actuó con la debida diligencia y cuidado.

En la actualidad el contrato existente genera derechos y obligaciones, sin embargo los autores anteriores a la fecha de la sentencia que se refirió el jurista mexicano invocado, estaban influenciados por el modelo hipocrático, vigente a la época, en donde el médico asumía una relación autoritaria, lo que hoy no es concebible porque considerándose contractual la relación surgen derechos y obligaciones, pese a la desproporción entre los contratantes.

Además digno es destacar que la naturaleza de las prestaciones médicas, obedece a las denominadas obligaciones de medios y no de resultado, implicando ello que el deudor no se compromete a ejecutar un hecho preciso y determinado, sino a poner la debida diligencia y cuidado.

En la responsabilidad contractual es importante el «onus probandi», consagrado en el inciso penúltimo del artículo 1563 del Código Civil, en donde se establece que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la prueba del caso fortuito al que lo alega."*

Siguiendo con la jurisprudencia francesa, los juristas argentinos Juan Carlos y Carlos Do Pico, invocando Sentencia de la Corte de Casación de Francia, del año 1997, expresan que ésta se refirió, nuevamente a la responsabilidad contractual médica incluyendo el deber de informar del médico, cuando expresa que:

[11] **LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso**: El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/.../3/.../dtr4.pdf

> "….pone en cabeza del médico la obligación de probar en juicio el haber cumplido el deber de información previa sobre los riesgos de la intervención quirúrgica a practicar para obtener su consentimiento".[12]

Con posterioridad se amplía esta responsabilidad, acorde nueva jurisprudencia que tiene relación con la utilización de las "cosas necesarias para la ejecución de la prestación médica" orientándose sus fallos hacia una mayor expansión de la tendencia hacia la categorización de ciertos actos médicos como "obligación de resultados".[13]

Lo anterior lo ratifica el médico cirujano español Dr. Alejandro Superby Flores cuando expresa que:

> "La doctrina dominante en el Tribunal Supremo (de España) y en el resto de tribunales para los actos de cirugía estética es entender que la responsabilidad del médico en estos supuestos se asemeja a una obligación de resultado. Es decir, el profesionales está obligado a cumplir lo pactado en el contrato suscrito con el paciente-cliente, acercando así la cirugía estética a una responsabilidad objetiva en la que basta probar la relación causal entre el acto médico y el daño para que haya indemnización".[14]

La Justicia Argentina tiene idéntico criterio, según se deduce de dos sentencias de la Cámara Nacional Civil

a) Sala C, de fecha 17 de junio de 1964, que sostuvo:

> "La obligación asumida por el médico en la atención del enfermo es de medios y no de resultado, pues constituye más una locación de servicios que de obra. En gene-

[12] **DO PICO, Juan Carlos y DO PICO**, **Carlos**: Cirugía y mala praxis. Revista de la Asociación Médica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2002, www.ama-med.org.ar/ publicaciones_ revistas3.asp?... (acceso 17.07.09)

[13] **DO PICO, Juan Carlos y DO PICO**, Carlos: Cirugía y mala praxis. Revista de la Asociación Médica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2002, www.ama-med.org.ar/publicaciones _revistas3.asp?...

[14] **SUPERBY FLORES, Alejandro:** Obligación de resultado para responsabilidad médica en cirugía estética. www.peritajedrsuperby.es

ral, excepto en los casos de cirugía estética, aquél no se obliga a curar, sino a procurar la curación del enfermo".[15]

b) Sala E, 19 de diciembre de 1977, que resolvió:

"La obligación asumida por el médico es de medio, no de resultado, salvo casos excepcionales como la cirugía estética. El médico no está comprometido legal o contractualmente a curar, sino a tratar de hacerlo, aplicando técnicas y métodos científicamente correctos y poniendo la mayor diligencia en el ejercicio de su ministerio".[16]

El sustrato de la corriente doctrinaria que sigue a la responsabilidad contractual se basa en el hecho que el paciente (o alguien en su nombre) al procurar a un profesional de la salud y éste al aceptarlo, acuerdan un negocio jurídico, quedando de manifiesto que el contrato de prestación de servicios médicos no exige formalidades, ya que puede ser verbal personalmente, vía telefónica y hasta tácito, requiriendo para su perfeccionamiento el acuerdo de personas capaces y que el objeto sea lícito, cumpliéndose de esta manera las exigencias que dispone nuestro Código Civil.

En materia penal el numeral 1 del inciso 3° del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se establece que el mero resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado, con lo que se entiende que las prestaciones médicas son obligaciones de medios y no de resultados, según se colige de los numerales 2, 3 y 4 ibidem, que se refieren a la inobservancia o falta de cumplimiento de la normativa aplicable a la profesión, tanto nacional como local y administrativa; a que el daño causado se de en el ejercicio de sus funciones y no de otras cir-

---

15 **KVITKO, Luis Alberto:** Jurisprudencia General, t. VIII, p. 295, citada en Responsabilidad médica. Obligación de resultado en el ejercicio de determinadas especialidades. El Dr Kvitko es Médico Legista argentino; Secretario General de la World Asociation of Legal Medicine y Secretario General Permanente de la Asociación Latinoamericana de Medicina Legal y Deontología Médica e Iberoamericana de Ciencias Forenses. Suplemento de Derecho Médico Universidad de la República, Uruguay, no precisa fecha. www.elderecho digital.com. uy/smu/.../doctri.html (acceso 10.08.09)

16 **KVITKO, Luis Alberto:** Jurisprudencia General, t. LXXVII, pp. 246/253, citada en Responsabilidad médica. Obligación de resultado en el ejercicio de determinadas especialidades. El Dr Kvitko es Médico Legista argentino; Secretario General de la World Asociation of Legal Medicine y Secretario General Permanente de la Asociación Latinoamericana de Medicina Legal y Deontología Médica e Iberoamericana de Ciencias Forenses. Suplemento de Derecho Médico Universidad de la República, Uruguay, no precisa fecha. www.elderecho digital.com. uy/smu/.../doctri.html (acceso 10.08.09)

cunstancias relacionadas; y, finalmente, el análisis del grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del daño, destacando que el numeral 4 se refiere a la impericia, negligencia e imprudencia médicas.

1.1.1.2. Acuerdo tácito implícito de conformidad al Artículo 1562 del Código Civil Ecuatoriano.

La doctrina y jurisprudencia nacional, están claras en que la relación contractual médico paciente es un acuerdo implícito regido por el artículo 1562 del Código Civil, es decir, un acuerdo de voluntades entre las partes tendiente a crear obligaciones jurídicas que debe ejecutarse de buena fe, obligándose las partes no solo a lo que se expresa en el contrato, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

1.1.1.3. ¿Contrato bilateral o unilateral?

Esclarecido que la responsabilidad de los médicos es contractual, se hace necesario analizar las características de este contrato, siendo la principal que reviste el carácter de bilateral, es decir, que se trata de un contrato de obligaciones correlativas, existiendo una interdependencia recíproca de las prestaciones, existiendo necesariamente una prestación y una contraprestación, teniendo ambas partes deberes y derechos. No existe impedimento en que una de las partes tenga un mayor número de derechos que la otra, porque tal evento no quita la calidad de bilateral del contrato. Sin embargo, estamos ante un contrato sui generis sui atendemos a la "exceptio de non adimpleti contractus" es decir a la excepción de contrato no cumplido que contempla el artículo 1568 del Código Civil, que dispone:

> *"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".*

Esta excepción no opera en las prestaciones médicas de centros de salud, según lo ordena expresamente el Artículo 8 de la ley de Derechos y Amparo al Paciente (R.O. Nº 626 suplemento, 03.02.1995), que entiende por centro de salud a los Hospitales, Clínicas, Institutos Médicos, Centros Médicos, Policlínicos y Dispensarios Médicos, quienes en mérito a la citada disposición deben recibir a todo paciente en situación de emergencia sin necesidad de pago previo.

1.1.1.4. La receta médica como medio de prueba del contrato médico – paciente

La relación médico paciente se genera cada vez que un profesional debidamente calificado atiende a una persona que acude motivada por una alteración en su salud, todo acuerdo de voluntades prueba la relación médico paciente, validándose incluso el contrato telefónico, ya que con posterioridad al acuerdo prosigue la atención médica, constituyendo la receta médica un medio probatorio idóneo que acredita la relación contractual, al igual que un certificado médico y la historia clínica, revistiendo esta última mayor importancia que las anteriores.

1.1.2. CARÁCTER EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual se da cuando existe la comisión de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha causado injuria o daño a la persona o propiedad de otro, según dispone el artículo 2214 del Código Civil. El carácter extracontractual de la responsabilidad médica se produce cuando el sujeto infringe un deber de cuidado, sin representar la posibilidad de que el resultado se produzca, o si se la representa actúa confiando en poder evitar ese resultado.

Durante largo tiempo ha habido una intensa discusión en torno a la naturaleza jurídica de la relación médico/paciente. Esto ha ocurrido porque la mayoría de las legislaciones han insertado al error médico en los actos que generan indemnización teniendo en consideración su ilicitud y no como derivación de la simple inobservancia del cumplimiento de las obligaciones previamente asumidas en el contrato, ya que la doctrina que se pronuncia por la responsabili-

dad extracontractual de la relación médico paciente, señala que la responsabilidad indemnizatoria por la falla en la asistencia médica ocurre en las relaciones contractuales, como en aquellas que se producen con independencia del contrato.

En materia de responsabilidad civil los juristas franceses Henry y León Mazeaud, y André Tunc, señalan que no hay diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, pues las dos apuntan al resarcimiento del daño, lo que ha originado la teoría monista de responsabilidad civil, cuando sostienen:

> "cuando se examinan los elementos constitutivos de la responsabilidad, se advierte que, en la esfera delictual y en la esfera contractual, las soluciones son idénticas. En uno y otro caso deben reunir tres requisitos para que exista responsabilidad: un daño, una culpa, un vínculo de causa efecto entre la culpa y el daño".[17]

Coincidente con los autores anteriores, el jurista, también francés, Marcel Planiol señala:

> "no hay distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, puesto que ambas crean una obligación, cual es la de reparar el daño. Ambas suponen una obligación previa; que en la responsabilidad contractual nace del contrato y en la responsabilidad extracontractual de la ley (obligación genérica de no causar daño), y en ambas la culpa estaría constituida por un mismo hecho, cual es la violación de esta obligación (…) la existencia de una verdadera y esencial diferencia entre las dos responsabilidades parece más un capricho sin motivo y un absurdo legislativo".[18]

Además de la responsabilidad extracontractual de los particulares, contemplada en el Título XXXIII del Libro IV del Código Civil, el principio de la responsabilidad civil extracontractual de los entes públicos y sus agentes se encuentra constitucionalmente consagrado, según se establece en el numeral 9 inciso 2º del artículo 11 de la Carta Fundamental, cuando dispone:

---

[17] **MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André**.: Tratado "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aries, Argentina, Traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Editorial Juridica Europa – América (EJEA) Volumen I, 1961, Pág. 121.

[18] **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis**. Derecho de Daños, Civitas Ediciones S.L. 1ª Edición 1999, Madrid España, pág. 249.

> *"El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos".*

En el mismo sentido destaca lo expuesto por el jurista chileno Dr. Osvaldo Oelckers Camus, respecto de la responsabilidad de la Administración Pública cuando señala:

> " la responsabilidad de la Administración Pública surge en razón de los daños que ella causa en los administrados, daños que no tienen por qué ser soportados por el patrimonio de éstos. Pues bien, gran parte de estos daños son producto de actos administrativos que se interponen entre la Administración y el daño causado en el patrimonio del administrado. Naturalmente el objetivo final de quien soporta dicha carga será el demandar el restablecimiento de su posición patrimonial a través de la indemnización de daños y perjuicios pertinentes, situación que se constituye como ordinaria en las pretensiones procesales contra la Administración Pública".[19]

Pero la responsabilidad civil extracontractual médica varía ostensiblemente en su apreciación, si se trata de una responsabilidad de orden privado o de orden público, ya que en la primera, según nuestro ordenamiento civil, rige la denominada responsabilidad subjetiva, mientras que en la segunda se trata de una responsabilidad objetiva, esto en concordancia con lo prescrito en el numeral 4° del inciso 3° del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, ya que, en siempre se debe analizar el debido cuidado, el nivel de formación profesional, las condiciones en las que se realiza los procedimientos, la búsqueda de las mejores condiciones y herramientas con el fin de evitar causar daño.

[19] **OELCKERS CAMUS, Osvaldo**: La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Polìtica de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio. Revista Chilena de Derecho, Número Especial Santiago de Chile 1998, pág. 346.

En lo que concierne con la responsabilidad civil médica el cirujano y perito judicial español Dr. Alejandro Superby Flores es categórico al señalar que no todo daño causado por un médico es indemnizable, sino que debe probarse, lo que obedece a la concepción de responsabilidad subjetiva, cuando expresa:

> "Uno de los principios rectores del derecho procesal es que quien reclama un daño, debe probarlo. En el campo de la Responsabilidad médica, se traduce en que es el paciente que demanda exigiendo una indemnización, debe acreditar que el acto médico se realizó vulnerando la lexartis y que existe una relación de causalidad entre el acto médico u omisión del mismo y el daño alegado. La actividad médica en ocasiones entraña alto riesgo y peligrosidad, si bien este riesgo se corre en beneficio del propio paciente, por eso, no resulta aplicable inicialmente la teoría del riesgo y su objetivación. Como ha declarado la sentencia Argentina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, de 7 de Marzo de 2001…«La falta de éxito del acto médico no conduce necesariamente a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que es dable requerir a quienes se les confía la vida de una persona o su atención ya que en general el éxito final de un tratamiento o de una operación no depende por entero del profesional, sino que a veces influyen factores ajenos a él»".[20]

[20] **SUPERBY FLORES, Alejandro:** Reflexiones en responsabilidad médica. www.peritaje drsuperby.es

CAPÍTULO II

DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado; esta responsabilidad se basa en un principio de justicia que tiene por objeto restablecer, en lo posible, las cosas al estado anterior al daño causado cuando ello fuere posible, razón por la cual la indemnización cumple el objetivo reparatorio en un amplio sentido.

Según el renombrado tratadista argentino de medicina legal, Dr. Emilio Federico Pablo Bonnet*:* "Durante el ejercicio de la medicina, surge la responsabilidad médica, que es la obligación que tiene toda persona que ejerce una rama del arte de curar, de responder ante la justicia por los daños ocasionados con motivo del ejercicio de su profesión. La responsabilidad médica así definida, cuenta con las siguientes normas: Impericia, que es lo contrario a la pericia y que significa falta de conocimientos técnicos. Imprudencia, que es lo opuesto a la prudencia; es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, y proceder con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción. Negligencia, es lo inverso al sentido del deber; es el incumplimiento de los elementales principios inherentes a la profesión".[21]

Surgen, en consecuencia, de acuerdo al citado tratadista, como causas principales del error médico, la impericia, la imprudencia y la negligencia, a las que me referiré ampliamente en la presente tesis, procediendo, primeramente, definir qué se entiende por error médico.

[21] **BONNET Emilio Federico Pablo**: Lecciones de medicina legal. Buenos Aires, Argentina, Editorial López, 1984, pág.19.

En un Congreso Asociación Española de Pediatría, realizado en España, los médicos del Hospital Pediátrico Niño Jesús de Roma, Dres. Alberto Donfrancesco, Ilaria Ilari y Rosanna Pessolano, definieron al error médico como "una omisión de intervención, o una intervención inapropiada, de la que se sigue un acontecimiento adverso clínicamente significativo".[22]

De las definiciones transcritas, puede fácilmente advertirse las conductas profesionales - inadecuadas - que serán objeto de esta investigación, poniendo especial atención en la inobservancia técnica de la lexartis, es decir, de las normas o criterios que tiene el médico, luego del análisis y examen realizado, en base a sus conocimientos, habilidades y destrezas adquiridos, lo cual tiene la obligación legal y ética de aplicarlos de forma oportuna en lo que requiera el paciente y que ya se encuentra aceptado a nivel general.

La imprudencia, la impericia y la negligencia médica contribuyen al aumento de procesos judiciales, donde se busca la tutela efectiva del deber objetivo de cuidado en el ejercicio profesional, bien jurídico protegido por el Artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, lo cual merece ser divulgado a fin que los pacientes o sus familiares, en caso de muerte del paciente, no solo obtengan una justa reparación, sino que, además, se prive al profesional del ejercicio de la medicina a fin que no siga causando daños irreparables o la muerte a sus pacientes, producto de su actuar culposo.

Respecto de la cirugía estética, según el jurista argentino Dr. Floreal López Delgado, en la actualidad se ha modificado la obligación "de resultados" por una de "medios agravada", cuando expresa: "El tratamiento judicial de cirugía estética tuvo inicios muy duros: se la consideraba una «obligación de resultado»: el cirujano comprometía que el paciente sería «curado» y si no lo, lograba debía indemnizarlo, el único elemento que se tenía en cuenta era el «daño», entendiéndose por tal al mal resultado. Esto significaba que si el paciente no salía del quirófano estéticamente mejor de lo que había ingresado, o peor, si una secuela o complicación inevitable lo dejaba claramente desfavorecido, el cirujano debía pagar una indemnización aunque no se probaran el «acto imperito» , ni el «factor de atribución» ni la relación causal

[22] **DONFRANCESCO, Alberto; ILARI, Ilaria y PESSOLANO, Rosanna**: "Errores que enseñan". Libro de Ponencias 58 Congreso Asociación Española de Pediatría 4 -6 de junio de 2009, Zaragoza, España, 2009 págs. 183-185.

entre éstos y el daño. El fundamento era que siendo intervenciones innecesarias y solo realizadas para mejorar la apariencia era exigible que todas terminaran con beneficio para el paciente y si no que pague el profesional. La justicia aplicaba y todavía parcialmente aplica, una óptica cuestionable: para que se produzca una operación estética debe haber un cirujano que la ejecute pero también un paciente que quiera exponerse a ella al solo fin de embellecerse, como veremos, la defensa del médico pasa por acreditar que esa exposición es consiente y meditada. (…) La jurisprudencia evolucionó, los jueces comprendieron que el paciente es un ser pensante y que puede decidir libremente tomar riesgos, aun el de perder la vida, para lograr el resultado de mejorar su apariencia (que la justicia considera frívolo). Así fue como se suavizaron las exigencias respecto de los esteticistas que pasaron de ser "absolutas" (la obligación de resultado) a "muy estrictas" y actualmente podemos afirmar que nos encontramos ante una obligación "de medios aumentada", mayores que las de un médico común pero relativas al fin".[23]

Como puede apreciarse, existe un cambio profundo en la responsabilidad médica del cirujano estético, ya que la jurisprudencia no atiende a una obligación de resultados, porque como manifiesta el Dr. Floreal López Delgado, el paciente se expone a la cirugía con solo fin – frívolo - de embellecerse y exponiéndose a la intervención quirúrgica con ese solo objeto, o lo que la jurisprudencia, según expresa el profesional mencionado atiende hoy a una responsabilidad de medios agravada y no a una responsabilidad de resultados que atendía a una frustración de las expectativas del paciente.

Mucho se habla de "la industria del error médico", según la jurista brasileña y directora del Instituto de Derecho Médico y Odontológico de Curitiba, Dra. Hildegard Taggesell Giostri, quien expresa: "Las causas para ese crecimiento (de las demandas por error médico) son variadas, según los especialistas. Entre ellas, el aumento del número de personas que tienen acceso a la salud y a la justicia, siendo evidente la proliferación de cursos de Medicina con bajos niveles de enseñanza (…) Existe una preocupante "industria de indemnización por error por

---

[23] **LÓPEZ DELGADO, Floreal:** Cirugía estética: los peligros de buscar la belleza. www. revistamedicos. com.ar/.../columna_lopez_delgado.htm

pseudo error médico, lo que explica el gran porcentaje de absoluciones a las denuncias o demandas interpuestas. Un mal resultado, y hasta la misma muerte, no significan que, necesariamente, hubo un error médico".[24]

El Dr. Moisés Ponce Malaber, al referirse a la responsabilidad médica sostiene que : "La responsabilidad profesional del Médico se inicia con el Juramento (de la Declaración de Ginebra, 1948) de un buen desempeño de la profesión y desde su inscripción como tal y en relación con el cliente (paciente) que es de naturaleza contractual; existen deberes comunes para la mayoría de profesiones, como son: Deber de Lealtad, Secreto Profesional e Indemnización del daño que hubiera ocasionado. La responsabilidad médica es una variedad de la responsabilidad profesional."[25]

Al referirse a la responsabilidad civil, el célebre civilista brasileño Dr. Caio Mario Tácito da Silva Pereira la define y pone énfasis en el resarcimiento del daño causado, sin importar de donde provenga éste, cuando expresa:

> "la responsabilidad civil consiste en la efectivización de la reparación abstracta del daño en relación a un sujeto pasivo de la relación jurídica que se forma. No importa si el fundamento es la culpa, o si es independiente de ésta. En cualquier circunstancia, donde haya subordinación de un sujeto pasivo a la determinación de un deber de resarcimiento, ahí estará la responsabilidad civil".[26]

El concepto de responsabilidad civil del profesor Caio Mario Tácito da Silva Pereira es amplio porque contempla tanto la responsabilidad subjetiva civil, que atiende a la culpa, así como a la responsabilidad objetiva civil, que es independiente de ella y al concepto genérico de responsabilidad contemplada en el derecho Civil e impuesta por la ley, ya que quien causa perjuicio a

---

[24] **MINISTERIO PUBLICO DEL ESTADO DE PARANÁ, BRASIL:** Ir)responsabilidad / Aumenta el número de acciones por error médico/ El médico no está obligado a la cura.Curitiba, Paraná, Brasil, 14/11/2008. www.jusbrasil.com.br/.../ir-responsabilidade-aumenta-o-numero-de-acoes-por-**erro**-**medico**-**medico**-nao-e-obrigado-a-curar

[25] **PONCE MALAVER, Moisés:** Responsabilidad Médica. www.geosalud. com/malpraxis/ respmedica.htm

[26] **DA SILVA PEREIRA, Caio Mário**. Responsabilidad Civil, Río Janeiro, Brasil, Ed. Forense, 5ª ed.,1994. Pág. 11.

otro está obligado a indemnizarlo, lo que obedece al principio romano ***«neminem laedere»,*** es decir "a nadie se debe lesionar".

El jurista ecuatoriano Dr. Carlos Fernando de los Reyes Cuesta, abogado especialista en Derecho Médico, respecto de las demandas de los pacientes o familiares contra los médicos expresa:

> "Si bien es cierto que la legislación ecuatoriana no contempla dentro de su ordenamiento jurídico penal en forma expresa el delito de mala práctica médica como tal, no es menos cierto que existen otras figuras penales como son los delitos contra la salud pública, delitos contra la vida y de las lesiones; dentro de las cuales se enmarcan los actos médicos que revestidos de una conducta culposa se les podría atribuir en su momento. Por otro lado, es importante señalar que, de la relación contractual o extracontractual médico paciente, nacen obligaciones y se crean derechos recíprocos entre las partes y, es por ello que, el régimen jurídico civil justamente prevé la posibilidad de demandar una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia lógica de la reparación de un daño ocasionado por un acto médico. Así mismo, debemos señalar que la prestación de los servicios profesionales, en este caso médico, se encuentra plenamente regulados y se hacen efectivos por intermedio de la Tribuna del Consumidor a través de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, apoyada por la Ley de Derechos y Amparo al Paciente y, lo que es más, por la Nueva Constitución de la República, estableciendo el mecanismo de reparación o restitución de la prestación de un servicio defectuoso, dentro del cual se ve inmerso el quehacer médico. Finalmente, es el propio Código de Ética Médico Reformado el que establece obligaciones y deberes del Médico, cuyo incumplimiento acarrea lógicamente sanciones de tipo disciplinario. Una vez trazado este esquema sencillo de la realidad jurídica dentro de la cual se desenvuelve el galeno en su praxis diaria, cabe la pregunta: ¿ Las demandas civiles, penales, administrativas y disciplinarias por mala práctica médica, constituyen un mito o una realidad?. Lastimosamente, debo manifestar con mucha pena que, de acuerdo con mi experiencia de más de seis años en el Derecho Médico, al ser uno de los Abogados integrantes de la primera Firma en el Ecuador, creada para brindar protec-

> ción y asesoramiento jurídico médico a los facultativos denominada LEXMEDICUS C.P., debo indicar que tanto las acciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias SON UNA REALIDAD. Toda vez que, de acuerdo con los índices y estadísticas, se evidencia cada día que estas reclamaciones se han ido incrementando, de tal suerte que hoy resulta familiar el que un abogado patrocine o le represente con sus conocimientos al paciente que se cree asistido de que se le ha vulnerado su bien jurídico protegido que en este caso es la salud y la vida de la persona, dando como resultante el que se de paso y se inicie en el Ministerio Público juicios penales por lesiones o por homicidios inintencionales; en los Juzgados, juicios civiles que buscan la reparación del daño al solicitar indemnización económica, reclamando el lucro cesante y daño emergente, así como el daño moral del cual el paciente o sus familiares se crean asistidos; en la Defensoría del Pueblo, Comisarías e Intendencia de Policía procesos del Consumidor; y, en los Tribunales de Honor de los Colegios Médicos expedientes disciplinarios".[27]

Si se analiza las acciones interpuestas contra los profesionales de la medicina, con anterioridad al Código Orgánico Integral Penal, muchas revistieron el carácter de penales a fin de sancionar "la mala práctica médica", pese a no existir en nuestro ordenamiento jurídico un delito específico sobre mala práctica médica, salvo la figura del homicidio inintencional, que es amplia o las lesiones no intencionales que podrían hipotéticamente aplicarse a un caso.

Hoy, si se atiende a la tipificación de la mala práctica médica en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, las víctimas de daños, lesiones o muerte, tienen la posibilidad legal de demandar por ante los tribunales civiles al profesional, a la institución, pública o privada de salud para lograr una reparación económica o indemnización, la cual puede resultar en condenas de alto contenido económico. Por lo general los daños son causados en Centros de Salud, ya que sólo en centros autorizados puede un profesional, por ejemplo, practicar intervenciones

---

[27] **DE LOS REYES CUESTA, Carlos Fernando:** Demandas por mala práctica médica en el Ecuador. ¿Mito o Realidad? . saludvital.ec/index.php?...demandas-por-mala-practica-med

quirúrgicas, pero varía el tipo de responsabilidad tratándose de médicos públicos o privados, y, en cuanto a que la Ley

La responsabilidad del médico no se limita sólo a los hechos culposos, ya que si comete hechos dolosos tipificados como un aborto criminal o la extensión de un certificado falso incurre en responsabilidad penal por esos hechos. Además de la responsabilidad civil, entonces puede incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa.

2.1. BREVE SÍNTESIS HISTÓRICA

El arte de la medicina, desde los comienzos de la civilización era esencialmente ligada a la curandería, apreciándose como un don divino, sus métodos no se cuestionaban, los médicos tenían la categoría de sacerdotes. Sin embargo, sus errores eran pagados en la misma proporción, siendo aquel el primer atisbo de la reparación por el "error médico".

El error médico es un tema polémico, existente desde tiempos inmemoriales, siendo el primer registro normativo el Código de Hammurabi, primer cuerpo legal conocido de la historia, en cuyo prólogo este rey de Babilonia justifica su acción legisladora sosteniendo:

> "…que había recibido tal encargo del dios Marduk para fomentar el bienestar entre las gentes, destacando que entre sus leyes, para el caso que nos ocupa, determinaba los honorarios de los médicos, así como su castigo en caso de error, así por ejemplo, de acuerdo a la Ley 215 «Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y curó al hombre, o si le operó una catarata en el ojo y lo curó, recibía diez siclos de plata», pero de acuerdo a las leyes 218 y 219: «Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo operó de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos (218). Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce e hizo morir al esclavo de un muskenun (artesano), dará otro esclavo equivalente».[28]

[28] **LARA PEINADO**, Federico: Código de Hammurabi, estudio preliminar, traducción y comentarios. Madrid, España Leyes 215, 218 219, Editorial Tecnos, 1986.

Sin entrar en mayores detalles históricos, se debe manifestar que estamos frente a un tema de inmensa relevancia, particularmente porque la historia ha modificado el concepto que se tiene acerca de las prestaciones médicas, ya que, por principio, un médico no puede asumir de manera efectiva, ni puede asegurar que va a curar a su paciente, no obstante si esta obligado a brindar los cuidados necesarios para la sanación del enfermo, el alivio del dolor o evitar complicaciones e incluso la muerte; esto es lo que en doctrina se conoce como «obligación de medios»

Resumiendo los aspectos históricos, puede afirmarse con certeza que la medicina occidental tiene su origen en la Grecia antigua, donde los fundamentos de una práctica médica, se empezaron a guiar desde los conocimientos de Hipócrates, práctica con una orientación hacía nuevos principios filosóficos tributados por los pre socráticos y posteriormente por su legado y el de sus discípulos.

En el Corpus Hipocraticum encontramos en su mayoría, las especialidades médicas de forma similar a la establecida en la actualidad, bajo la visión del hombre frente a la naturaleza.

Esta nueva orientación de pensamiento, según el jurista brasileño Dr. Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas***:***

> "permitió cambios significativos en lo que dice relación con la responsabilidad médica, puesto que con las enseñanzas de Platón y Aristóteles, los médicos pasaron a ser responsabilizados no por los resultados en sí, sino por su conducta profesional, por su actitud de acuerdo al caso concreto. La culpa médica debía ser probada, debía ser objeto de análisis por parte de otros profesionales que colegiados emitieran su parecer. La culpa, entonces, era declarada si había desatención a los preceptos o incumplimiento de las prácticas aceptados en aquella época. Concretamente, en Atenas se dictó la Ley General de Reparaciones que distinguía el daño involuntario (culposo), al cual correspondía una indemnización

> determinada, y el daño voluntario (doloso), con una indemnización equivalente al doble de aquella causada por el daño involuntario".[29]

En Roma, la Ley de las XII Tablas, en especial, la VIII, admite, primeramente, la influencia vengativa de la Ley del Talión, desarrollándose con posterioridad la posibilidad de evitar la venganza mediante el pago de una cantidad. Se dicta la Ley Aquilea, en donde se expresa que el valor del hombre libre no tiene precio y sí el esclavo que se debe indemnizar según su valor. Con Justiniano, quien fue uno de los más notables gobernantes del Imperio Romano de Oriente, emperador que se destacó por sus reforma. Su compilación de leyes y la promulgación del Corpus Iuris Civilis, acontecida en siglo VI a. de C., fundamentalmente en el Digesto, donde se recogen las disposiciones sobres las lesiones, la reparación del daño corporal, se valora el perjuicio patrimonial y el extra patrimonial, así mismo se contempla el estado físico anterior y el final del lesionado, la cualificación profesional y la noción de incapacidad temporal.

Posteriormente, el Papa Gregorio IX (1170-1241), fundador de la inquisición, en sus Decretales, exigía la opinión médica en los casos de lesiones.

En la España, del siglo X, específicamente en el peridodo comprendido entre 1156 - 1164, se expidió el Fuero de León, donde se hizo constar la reparación de lesiones mediante un valor establecido. Con posterioridad en el Fuero Viejo de Castilla, del año 1.250, se instaura el primer compendio de tarifas español de indemnizaciones con base en el Fuero Juzgo emitido en el siglo XIII, en este repertorio se establece la valoración de las lesiones por su configuración y no por su relevancia.

Existen referencias de que en el reino de Aragón, en el siglo XIII se contaba con peritos que tenían a su cargo la valoración de lesionados, mucho tiempo después el rey Jaime I, El Conquistador, designa médicos para la realización de pericias a practicarse sobre heridos, más

---

[29] **DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos**. Aspectos históricos de la responsabilidade civil médica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288>. (acceso 17.08.09)

tarde Carlos I, en 1.532, emite y hace pública la *"Constitución Carolina"*, donde se constata que la administración de justicia contaba con médicos auxiliadores.

Finalmente, en esta breve referencia histórica, la Revolución Francesa, Napoleón y su Código Civil, establecen "que todo hombre que cause daño a otro, tiene el deber de repararlo". Los primeros repertorios de tarifas franceses son de fecha 23 de julio de 1887, establecidos por el Ministerio de la Guerra, existían 66 invalideces repartidas en 6 clases, estando las lesiones estimadas en porcentajes.

Obviamente en los tiempos actuales no podemos hablar de un tarifado de lesiones, puesto que es la justicia la que determina el monto de las lesiones y el daño moral, no operando las indemnizaciones de manera automática, todo debe ser mediante un debido proceso, no exento de dificultades, atendida la solidaridad médica entre los profesionales y el onus probando que en nuestro sistema es de cargo del demandante o sus sucesores, destacando los sistemas de responsabilidad subjetiva y objetiva, que acuciosamente se tratarán en los puntos siguientes.

2.2. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Previo a tratar la responsabilidad, es necesario incluir unas breves consideraciones generales que el Dr. Enrique Ruiz Vadillo, Vocal del Tribunal Constitucional de España y ex Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de dicho país, realiza respecto a lo loable de la profesión médica y lo difícil de su ejercicio, cuando expresa:

> "…al Médico le pedimos todo y que todo salga bien: en materia de genética y de manipulación de genes, transfusiones de sangre con los problemas que acarrean, cirugía transexual, esterilizaciones, que salve vidas cuando se producen huelgas de hambre, que decida qué ha de hacer cuando por razones religiosas se niega por los familiares más próximos la imprescindible transfusión de sangre (en el caso de los testigos de Jehová, por ejemplo) y que ayude a morir con dignidad (resolviendo todos los problemas que la eutanasia presenta, en los que ahora no vamos a entrar). Y todo lo que haga y lo que no haga se quiere someter al examen microscópico de la crítica social y jurídica. Se quiere que todo se cure y

que todo salga bien (lo que muchas veces se conoce ex post facto) y esto es absolutamente imposible".[30]

Con lo anterior quiero poner de manifiesto lo valioso que es la profesión médica para la vida y salud de las personas y sería nefasto tener disposiciones legales que significaran una avalancha de demandas por supuestos errores médicos.

El tema de la responsabilidad médica se inserta dentro del derecho civil, ya que esta rama del derecho rige el deber de reparar las lesiones o el daño al patrimonio ajeno.; la reparación civil sirve y debe servir para reintegrar al perjudicado a una situación patrimonial anterior al perjuicio experimentado. La reparación penal restituye el orden social al estado anterior al del ilícito practicado. La responsabilidad civil tiende a la reparación, la responsabilidad penal tiene a la sanción.

Como pudo advertirse, la responsabilidad civil tiene un carácter reparativo o indemnizatorio, pues radica en reparar un daño que se ha causado. Si es posible, reparar el daño en identidad, es decir, restableciendo las cosas al estado en que se encontraban antes de que se causara el daño, cosa que resulta prácticamente imposible en materia médica, por lo que el daño causado no tiene la posibilidad de ser reparado para retrotraer las cosas al estado anterior a éste, debiendo recurrirse a una reparación por equivalencia, es decir, avaluable en dinero, lo que nunca es perfecto.

Debe destacarse, en primer lugar, la clase de obligación a la que está sujeta un médico, es decir, si estamos ante una obligación de medios o de resultados, y, al mismo tiempo, si el ordenamiento jurídico establece respecto de los profesionales médicos o de la falta de servicio (en el caso de los hospitales públicos) una responsabilidad de carácter subjetivo u objetivo.

[30] **RUIZ VADILLO, Enrique**: La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestesistas), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Volumen XXXIV, Fascículo 2/3, Mayo – Diciembre, Madrid, España, pág 769.

2.2.1. Obligación de medios o de resultados

La determinación de la obligación médica de prestar servicios profesionales a un paciente debe ser analizada bajo dos ángulos:

- La primera dice relación con la obligación de medios, la cual, según el jurista brasileño Dr. Caio Mario Tácito Da Silva Pereira señala que:

> " no cabe dudas que la tipificación de la obligación del médico llamado a prestar servicios profesionales a un paciente es una obligación de medios, lo que significa que el médico no asume el compromiso de curar al enfermo (que sería contra la lógica de los hechos) pero sí la obligación de prestarle una adecuada asistencia y no cualquier cuidado".[31]

En consecuencia, una obligación de medios, exige solamente emplear la diligencia y prudencia necesarias.

El Código Orgánico Integral Penal al referirse a la infracción del deber objetivo de cuidado, se refiere a la obligación de medios, ya que si se produce un resultado que cause la muerte de un paciente, el mero resultado, de conformidad al numeral 1° del inciso 3° del artículo 146 de dicho cuerpo legal, no configura una infracción al deber objetivo de cuidado, siendo necesario determinar si este resultado, de conformidad al numeral 3° de dicho artículo, proviene directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

- En cambio, respecto de la obligación de resultados, ésta según el jurista chileno Dr., Mauricio Tapia Rodríguez tiene como misión que:

> "el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo). En la obligación de medios**,** la

[31] **DA SILVA PEREIRA, Caio Mário** Tácito: Responsabilidad Civil. Rio de Janeiro, Brasil Ed. Forense,: 1989, pág. 162;

> prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de resultado**,** el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo".[32]

La única controversia existente en la doctrina y la jurisprudencia tiene relación con la cirugía estética, que se subdivide en cirugía estética reparadora y electiva. La primera dispensa mayores consideraciones, porque vista como un acto quirúrgico general, una obligación de medios (caso de cirugía plásticas efectuadas a personas que han sufrido heridas estéticas graves causadas en accidentes de tránsito, etc).

> En relación a la segunda especie de cirugía plástica (la electiva o embellecedora) "la jurisprudencia brasileña dominante considera el acto quirúrgico como una obligación de resultado, donde se exige la obtención del producto pretendido y contratado entre el paciente y el médico, bajo la pena de indemnizar en caso de incumplimiento de la obligación".[33]

2.2.2. DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA

Existe una diferencia didáctica entre la obligación contractual y la "aquiliana" o extracontratual del médico. La contractual, como su nombre lo indica, es aquella en donde la obligación nace, precisamente de un acuerdo de voluntades médico - paciente o médico – familiares del paciente; y, que se materializa en un contrato escrito o verbal. La característica fundamental de la obligación contractual radica en que el paciente o sus familiares eligen libtemente al profesional de la salud.

---

[32] **TAPIA RODRÍGUEZ Mauricio:** Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales, Revista de Derecho (Valdivia), Chile, [online]. 2003, vol.15, págs 75-111. Disponible en: <http:// www. scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004&lng=es&nrm=iso>. (acceso 03.09.09)

[33] **DIREITO, Carlos Augusto**. "Responsabilidade médica nas cirurgias estéticas", in www.solar. com.br/~ amatra/carlosgustavo_1.html; (acceso 01.09.09)

2.2.2.1. La culpa médica

La culpa médica que se entiende como culpa civil, tiene como definición primordial una conducta opuesta u omitiva a la conducta adecuada y necesaria para prever el daño o evitarlo en el mejor escenario, esta culpa se manifiesta por imprudencia, negligencia y/o impericia de la práctica médica o por inobservancia de protocolos, reglamentos y/o deberes.

Nuestro Código Civil no definió la culpa en general, sino que la dividió en grave, leve y levísima, pudiendo sostener, como afirma el civilista chileno Victorio Pescio que:

> "se llama culpa, en sentido general a la omisión de cualquier deber; en sentido restringido, culpa es la omisión voluntaria en el cumplimiento de una obligación".[34]

Por su parte el civilista también chileno Dr. Arturo Alessandri Rodríguez expresa que:

> "La noción de la culpa está relacionada con la responsabilidad civil que es la que resulta de un hecho o de una omisión que causa daño a otro y que puede ser de tres clases: contractual, delictual o cuasidelictual, según que provenga de la inejecución total o parcial de un contrato, de la omisión de un delito o cuasidelito civil o simplemente de la ley, como en los casos de accidentes del trabajo".[35]

El mismo autor, es decir, Arturo Alessandri Rodríguez, en una de sus primeras obras jurídicas señala respecto de la culpa:

> "…para que la culpa contractual dé origen a la indemnización de perjuicios es menester que el deudor se haya constituido en mora, condición previa para que el acreedor pueda exigir indemnización al deudor que viole su obligación. Tratándose de la culpa delictual, no es

[34] **PESCIO VARGAS, Victorio**: Manual de Derecho Civil, Título Preliminar del Código Civil, Santiago de Chile Tomo I, Colecciòn Manuales Jurídicos, Editorial Jurìdica de Chile, 1978, pág 378.

[35] **ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo**: De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1943, Nº 18

necesario constituir en mora al deudor, basta la ejecución del simple hecho ilícito, para que el acreedor tenga acción de perjuicios contra el deudor".[36]

2.2.2.2. Clases de culpa médica ¿grave, leve o levísima?

En nuestro sistema jurídico concordante, la culpa puede ser grave, leve y levísima, por grave se entiende que el sujeto llamado a procurar las más elementales medidas de cuidado en la práctica del oficio para evitar el daño se abstiene de hacerlo; es leve, si el sujeto adopta medidas de precaución estándar para evitar dichas lesiones; y levísima, si el caso amerita un cuidado extraordinaro en el desempeño profesional.

El jurista chileno Dr. René Ramos Pazos, al referirse a la culpa civil que se divide en grave, leve y levísima, señala que esta clasificación sólo opera en materia civil, lo que no ocurre en materia penal, según pasa a señalar:

> "…en términos generales, se entiende por culpa la omisión de la diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho, y por culpa contractual la falta de cuidado debido en el cumplimiento de un contrato. Se ha discutido si la culpa es una sola (teoría unitaria de la culpa), o si es diferente la culpa contractual de la extracontractual. Los que piensan que es una sola argumentan que cualquiera que sea el campo en que juegue, implica una actitud descuidada, negligente, que conduce a un mismo resultado (indemnización de perjuicios). Es cierto que en la contractual hay una gradaciòn de la culpa (grave, leve, levísima), lo que no ocurre en materia extracontractual, que es una sola".[37]

Los tres grados son propios de lo que prescribe el Código Civil, pero en materia penal, en nuestra legislación, no se requiere el precautelar el cuidado extremo o extraordinario, esto es, un cuidado superior al normal en el desempeño de una determinada actividad. Dicho de otra manera, la culpa levísima no entra en el ámbito penal, pues se establece sobre la premisa de

---

[36] **ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo:** Teoría de las Obligaciones, Santiago de Chile, 3ª Ed., Editorial Nascimento, 1939, págs. 73 – 74.

[37] **RAMOS PAZOS, René:** De las Obligaciones. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 249.

aquello que se exige de un profesional con un mediano grado de intelectualidad sin que sea excepcionalmente agudo, perspicaz, brillante o inteligente.

Igualmente de la esfera de lo penal debe excluirse la “culpa grave”, ya que, resulta desacertado pensar que un médico incurra en una culpa con carácter de dolosa por no procurar con sus pacientes el mínimo cuidado, sin embargo, ello podría caber respecto de la “impericia médica” en el caso de la muerte de un paciente por parte de un médico inexperto o imperito, que a pesar de esto practica una intervención, lo cual vendría a ser un homicidio culposo.

2.2.3. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL MÉDICA

La responsabilidad extracontratual, conocida igualmente como responsabilidad delictual o aquiliana, es aquella que resulta de un ilícito extracontractual, es decir, de la práctica de un acto ilícito por parte de una persona capaz o incapaz y en donde no existe vínculo anterior entre las partes de naturaleza contractual.

Destaca en esta materia el modelo alemán de responsabilidad médica, materia que es tratada en el parágrafo 823, párrafo 1 del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB) en el cual se establece la disposición de protección a la vida, el cuerpo, la salud y la libertad de la persona contra las agresiones ilícitas y culposas.

Es un principio de vigencia universal que el autor del daño está obligado a repararlo, y cuando se comprueba que el daño es el resultado de la negligencia, torpeza, descuido o imprudencia del profesional liberal, este le debe satisfacción pecuniaria a la víctima del perjuicio o a sus familiares.

El dolo en la responsabilidad médica ha representado siempre una esfera restrictiva de aplicación en cuanto a la responsabilidad médica. Sin embargo, algunas posiciones contemporáneas intentan un ensanchamiento de la imputación, agravada sobre la situación solo presuntamente intencionales. Por lo tanto, si se demuestra que el médico abandonó al paciente lisa y llanamente será un incumplimiento a sabiendas y por lo tanto doloso (dolo contractual).

Hay criterios doctrinales opuestos, que sostienen que la omisión no revela per se una intención deliberada de infringir daño, lo que vuelve a esta conducta culposa, salvo que el propósito sea el de consumar una lesión o un homicidio, cuestión que se enmarca en otro tipo penal.

En este caso como estamos frente a la responsabilidad delictual civil, puede acontecer que estemos frente a una culpa o descuido levísimo, contemplada en el inciso final del artículo 29 de nuestro Código Civil, la que equivale al dolo.

Puede acontecer el caso de una culpa levísima equivalente al dolo, cuando, en el caso de una impericia médica, en la cual, por ejemplo, un médico frente a síntomas que inequívocamente determinan una determinada enfermedad, por su falta de práctica, prescribe un tratamiento equivocado o interviene quirúrgicamente a un paciente causándole la muerte o lesiones graves. Pero en el caso que se cause la muerte al paciente, este hecho ilícito por existir una absoluta falta de previsibilidad, los hechos se subsumen en el homicidio inintencional.

2.2.4. RESPONSABILIDAD CUASIDELICTUAL CIVIL

La responsabilidad cuasidelictual médica se origina cada vez que se origina un evento dañoso atribuible al profesional cuya conducta sea calificada de culposa, rigiendo en esta materia el artículo 2261 del Código Civil que dispone:

> "***Efectos del hecho ilícito.-*** *El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".*

Del precepto invocado puede apreciarse que el profesional médico, cuando se transforma en agente causante de un evento dañoso, y actúa mediando culpa o negligencia, debe indemnizar a la persona que le haya causado el daño, y, en el evento de causar la muerte del paciente, a sus respectivos familiares.

La responsabilidad y cuasidelictual son aquéllas que no nacen del incumplimiento de un contrato sino de un delito o de un cuasidelito respectivamente, por lo que al momento de determinar una sanción se debe establecer la fuente de la misma.

2.3. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

La responsabilidad penal es culposa, cuando se da por una evidente falta al deber propio en el ejercicio de su función como médico y es dolosa, si resulta de una acción intencionada, tales como el aborto, certificados médicos falsos, violación del secreto profesional, encubrimiento, homicidio culposo, lesiones contenidas tipificadas en nuestra actual legislación, el Código Orgánico Integral Penal, por su artículo 146, se refiere a la infracción de un deber objetivo de cuidado para que se configure el delito y respecto de ellos existen delitos dolosos, como el aborto con muerte contemplado en el artículo 147 del referido código, el aborto no consentido del Artículo 148 ibídem y la falsificación, forjamiento o alteración de recetas del Artículo 329 ibídem, sin perjuicio que el delito de mala práctica profesional del Artículo 146 del señalado cuerpo legal, es un delito culposo.

2.3.1. Responsabilidad médica dolosa

La responsabilidad penal, en términos generales, es la obligación que toda persona tiene de aceptar o someterse a las consecuencias que las leyes establecen en virtud de la realización de determinados hechos propios.

Tres elementos concurren en la responsabilidad penal médica, como lo son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La tipicidad, es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, establecida con anterioridad al mismo. En otros términos, la tipicidad es la correspondencia exacta, la adecuación perfecta entre el hecho natural y concreto, con la descripción contenida en la ley. Debe destacarse que todo tipo penal está compuesto no sólo de

elementos objetivos, sino también de elementos normativos y subjetivos, puesto que es indispensable para la existencia de la tipicidad que exista no sólo el hecho objetivamente considerado, sino también su antijuridicidad y los elementos subjetivos que se subsuman en él.

Debe distinguirse la tipificación de la tipicidad. Cuando nos referimos a la tipificación, ello tiene directa relación con la misión del legislador de establecer, por ley, los tipos penales, que consisten en la d**e**scripción de un acto omisivo o activo establecido como delito en el presupuesto jurídico de una ley penal.

Importantísima es la labor de tipificación del legislador, ya que si un hecho no se contempla como ilícito por la ley, rige en plenitud el principio de legalidad sustantiva garantía con jerarquía constitucional otorgada a toda persona, en base del cual no se puede interpretar que un acto determinado es delictivo e incurso en sanción penal, si no ha sido previsto expresamente como tal por una norma preexistente. La configuración del delito por la ley tiene que preceder al hecho:"nullum crímen, nulla poena sine previa lege".

Lo anterior se consagra en la Constitución en el numeral 3 del artículo 76 que establece:

> ***"Artículo 76.-*** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*
>
> *3.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*

El principio de la legalidad, especialmente en materia penal, es producto de una excepcional conquista de la cultura humana a lo largo de la historia, concretándose como algo imprescindible en el estado de derechos, siendo uno de los principios más trascendentales de intervención del Estado en la esfera de la defensa de la libertad del ser humano; es así que, el poder

estatal, único detentor del *jus puniendi*, jamás podrá actuar en forma absoluta y arbitraria, pues la legalidad surge como un obstáculo a este poder, que determina en qué situaciones será legítima la acción represiva. En consecuencia, el principio de la legalidad proporciona al ser humano una esfera de defensa de su libertad cuya garantía está plasmada, según expresa el destacado penalista brasileño Dr. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes, en el siguiente texto que resalta la primacía de la ley:

> *"Las acciones humanas susceptibles de reprobación penal que someten al individuo a restricciones a la libertad u otras medidas de carácter represivo deben estar previstas expresamente en la ley vigente a la época del hecho lo que ha de ser conocido públicamente a todos cuantos estén bajo la jurisdicción del Estado*".[38]

Para el Derecho Penal, especialmente, la mayor garantía de carácter político derivada de la adopción del principio del Estado de Derecho es la legalidad de los delitos y de las penas. Ello tiene por principal finalidad impedir que la condena penal sea utilizada en la contingencia de una lucha política, y de acuerdo a las circunstancias, como instrumento de humillación del adversario; esto surge no solo para asegurar el conocido principio nullum crimen nulla penna sine previa lege, sino que además, porque los órganos dotados del jus puniendi y dotados de legitimación sustancial vinculen la conducta con la regla jurídica preexistente.

De lo expuesto y consagrado expresamente en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución vigente, el principio de la legalidad es uno de las principales bases o la piedra angular de sustentación y mantención de la seguridad jurídica de un Estado, ya que, como expresa el jurista brasileño ya mencionado "a través del principio de la legalidad el individuo conoce que está permitido y que es prohibido, pudiendo actuar en forma consciente acerca de la licitud o ilicitud de su conducta. De este modo, este principio ha sido adoptado y aceptado en la totalidad

[38] **LOPES, Maurício Antônio Ribeiro**: **Princípio da Legalidade Penal**. Projeções Contemporâneas. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pág. 34

de los estados democráticos y liberales teniendo incluso presencia hasta en las legisdlaciones de ciertos Estados de menor vocación democrática". [39]

El tipo penal tiene dos funciones específicas, la primera es de garantía, ya que perfecciona y sustenta el principio de la legalidad del hecho ilícito. La segunda, es para indicar la antijuridicidad del hecho y el quebrantamiento del ordenamiento jurídico establecido. La tipicidad es el indicio de la antijuridicidad del hecho ya que llevado a efecto un acto tipificado se presume también su antijuridicidad, presunción que solo cesa ante la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad penal, como acontece por ejemplo, con el principio de legìtima defensa.

La antijuridicidad se da por la verificación objetiva de que la conducta enmarcada en el tipo penal no esta permitida bajo justificación alguna, en ninguna parte del orden jurídico.

La antijuridicidad caracteriza la relación de contrariedad que se establece entre el hecho típico y el ordenamento jurídico, en otras palabras, se trata de una conducta contraria a una norma jurídica que surge cuando la conducta humana lesiona un interés protegido por el derecho.

Importante es señalar que el principio de la antijuridicidad, en términos generales, se contempla en el numeral 6 del Artículo 66 de la Constitución de la República, que reconoce y garantiza a las personas: *"El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás".*

Debe destacarse que fueron los penalistas alemanes quienes contribuyeron en forma considerable para la comprensión de la antijuricidad, siendo sus principales exponentes Edmund Mezger, Ernst von Beling, Hans Welzel y Reinhart Maurach.

---

[39] **LOPES, Maurício Antônio Ribeiro**: **Princípio da Legalidade Penal**. Projeções Contemporâneas. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pág. 32.

Edmund Mezger afirma que la antijuridicidad es un juicio sobre la acción, mediante la cual el problema de la acción adquiere una determinación jurídico-normativa cuando expresa: "El juicio, en que la acción contrasta con el ordenamento jurídico y con la norma legal, caracteriza cualitativamente a la acción como «ilícita» o en verdad en «antijurídica»".[40]

Necesario es destacar, además que para poder castigar al responsable de estos hechos, es necesario que haya actuado con culpabilidad, la que es definida por el eximio penalista argentino Dr. Rogelio Moreno Rodríguez como:

> "**Culpabilidad:** Para la doctrina que la vincula con la antijuridicidad es el ligamen subjetivo que vincula al autor con la contradicción objetiva entre su acto y el derecho. En su acepción estricta, es el hecho de haber incurrido en culpa, considerado como condición de una responsabilidad civil o Penal (…) **Culpabilidad criminal:** Es el juicio de reproche personal que se le formula al sujeto activo por el delito cuando teniendo la capacidad general de comprender la ilicitud del comportamiento, y de determinarse conforme a esa comprensión, en el caso concreto, podría obrar de manera diferente cumpliendo con la conducta que le era exigible y que le impone el ordenamiento jurídico. Cuando el sujeto es imputable y actuó con la posibilidad cierta de la ilicitud, hay dolo, y por ello su conducta es reprochable...". [41]

En la responsabilidad penal la consecuencia del hecho ilícito es un castigo, la pena que se impone al sujeto por razones de orden social, no individual, atendido al ius puniendi del Estado que sanciona a quien ha cometido un ilícito porque es necesario restaurar el orden social alterado por la conducta ilícita del agente.

---

[40] **MEZGER, Edmund**. Diritto Penale.Traducción italiana de Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935. pág 182. Citado por Claudio Roberto Brandão en: "La importancia de la conceptualización de la antijuridicidad para la compresión de la esencia del crimen". Revista de Informação Legislativa, Senado de la República Federativa del Brasil, Brasília a. 34 n. 133 ene./mar. 1997

[41] **MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio**: Diccionario de Ciencias Penales. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 2001, pág. 116

2.3.2. Principales ilícitos cometidos por los médicos

No siendo el tema de esta tesis la responsabilidad dolosa de los médicos, se hará una breve referencia a los principales ilícitos tipificados en nuestra legislación penal.

Atendido el principio "nullum crime nulla poenna sine lege", todo aquel que cometa un ilícito debe ejecutar una acción o una omisión que esté tipificada como infracción o delito, es decir, estar contempladas como conductas punibles en un catálogo cerrado – valga la redundancia - de conductas punibles contenidas en el Código Orgánico Integral Penal o en leyes especiales, siendo, en términos generales las siguientes:

- El artículo 91 del Código Orgánico Integral Penal reprime, en su numeral 1°, la extracción y tráfico ilegal de órganos, sustancias corporales o material anatómico. En este caso, si bien se refiere a toda persona, en general, es obvio que es necesaria la intervención de un profesional médico que tenga capacidad para intevenir a la persona a quien se le extraen, esencialmente, órganos.

- El inciso final del artículo 95 del Código Orgánico Integral Penal, además de sancionar con pena privativa de libertad de diez a trece años, a quien sin cumplir con los requisitos legales, extraiga, conserve, manipule órganos, sus partes, componentes anatómicos vitales o tejidos irreproducibles, células u otros fluidos o sustancias corporales de personas vivas, en el caso se profesionales de la salud, de acuerdo al inciso final del referido Artículo 95, lo inhabilita para el ejercicio de la profesión por el mismo tiempo de la condena, una vez cumplida ésta.

- Igualmente es sancionable la conducta dolosa de toda persona, y en nuestro caso de los médicos, que trafiquen órganos, lo que se fipifica en el artículo 97 del Código Orgánico Integral Penal, que publiciten el tráfico de órganos, del artículo 98 del mismo cuerpo legal, que realicen procedimientos de trasplantes sin autorización y del artículo 99 que sanciona el turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos, cuando ha intervenido en ellos un profesional médico, lo que en concordancia con

el inciso final del Artículo 95 conlleva la inhabilidad para el ejercicio de la profesión por el mismo tiempo de la condena, una vez cumplida ésta.

- El artículo 151 del Código Orgánico Integral Penal, respecto del delito de tortura, sanciona, en los numerales 1 y 2, a quienes se aprovechen de sus conocimientos técnicos para aumentar el dolor de la víctima o en el caso que sea funcionaria o servidora pública, disposición que se complemente en el artículo 27 del Código de Ética Médica Ecuatoriano, que sanciona a los profesionales médicos que intervinieren en los métodos de tortura para obtener declaraciones.

- El artículo 164 del Código Orgánico Integral Penal, sanciona con pena privativa de libertad de 5 a 7 años, a la persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento y en el caso que la víctima sea menor de 18 años o no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, se sancionará al autor con pena privativa de libertad de 7 a 10 años.

- Los artículos 345 y 346 del Código Penal reprimen al facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o imposibilidad con el fin de eximir o libertar a una de un servicio debido legalmente o de cualquiera obligación impuesta por la ley.

- El artículo 437 del Código Penal reprime al médico que prestare su nombre a quien no tenga título para ejercer su profesión.

- El artículo 147 del Código Orgánico Integral Penal reprime a los médicos que hubieren causado la muerte a una mujer con el fin que aborte, si la mujer ha consentido en el aborto, sancionada con pena privativa de libertad de 7 a 10 años y pena de 13 a 16 años en el caso que no hubiere consentido.

- En el caso del aborto no consentido de una mujer, el artículo 148 del Código Orgánico Integral Penal lo sanciona con pena privativa de libertad de 5 a 7 años; en cambio, en

el caso del aborto consentido, el artículo 149 del mismo cuerpo legal lo sanciona con pena privativa de libertad de 1 a 3 años.

- El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 179 se refiere a los secretos capaces de causar daño y que sean revelados sin justa causa en razón, en el caso del médico, de su profesión, lo que es sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

- El artículo 214 del Código Orgánico Integral Penal sanciona la manipulación de genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente a la de prevenir o combatir una enfermedad, con una pena privativa de libertad de 3 a 5 años; pena que aumenta, en el inciso segundo de dicha disposición, a privación de libertad de 5 a 7 años en el caso de la persona que realice terapia génica en células germinales, con finalidad diferente a la de combatir una enfermedad

- El artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal sanciona a la persona que en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años; en el caso que se produzca la muerte de una persona como consecuencia de la desatención, el inciso 2° del referido artículo, sanciona a dicha conducta ilícita con pena privativa de libertad de 13 a 16 años.

- El artículo 224 del Código Orgánico Integral Penal sanciona a la o el profesional de la salud que, sin causa justificada, recete sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años; lo que se agrava en el caso que la receta sea prescrita a una o un incapaz absoluto, mujeres embarazadas, discapacitados o adultos mayores, correspondiento una pena privativa de libertad de 3 a 5 años.

- El Artículo 67 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotropicas, reprime al profesional, en nuestro caso al médico, que sin causa justificada, recete sustancias es-

tupefacientes o psicotrópicas sujetas a fiscalización y drogas o preparados que las contengan.

- Los artículos 64 y 65 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotropicas, reprime al profesional, en nuestro caso al médico que, sin fines terapéuticos administre a otras personas y a un deportista (65) cualquier sustancia estupefaciente o psicotrópica sujeta a fiscalización o medicamento que las contenga.

- El Código de Ética Médica Ecuatoriano, en su Capítulo IX trata del "DEL SECRETO PROFESIONAL" disponiendo en el artículo 66 que "el secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad del profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de su profesión."

Estos son los principales casos de responsabilidad penal, existentes en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, que tienen por autor al médico.

Otras disposiciones legales de salud contienen diversos aspectos del ejercicio de la profesión médica, pero no son penales, son multas meramente administrativas que no se aplican por los jueces o los tribunales de justicia, sino por las autoridades administrativas de salud y no le otorgan la calidad de delincuente.

2.3.3. Responsabilidad médica penal culposa

El Artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal se refiere al homicidio culposo por mala práctica profesional, cuando se infrinja el deber objetivo de cuidado, actos que, necesariamente, son cometidos por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de normas, delito que se califica como culposo.

Respecto de la responsabilidad penal culposa tiene gran trascendencia jurídica lo expuesto por el penalista chileno Dr Carlos Künsemüller quien textualmente expresa:

> "Los juristas más antiguos, ajenos a un pensamiento sistemático, no se plantearon grandes problemas, y simplernente enunciaron la irresponsabilidad penal de los médicos, sin mayor especificación en cuanto a la fuente de la licitud de este comportamiento. Así, Pacheco, comentarista del Código Penal español (…) decía: «El soldado que fusila, el alguacil que arresta, el médico que amputa, no son objeto de la ley criminal a pesar de que causen daño». Y es tan claro este punto que muchas legislaciones no han hecho ninguna mención de é1, por no conceptuarlo necesario. Frente a esta interrogante se han seguido diversos criterios en el Derecho Penal moderno y, en términos muy generales y sin entrar en mayores detalles, por razones de tiempo, podemos decir que la tendencia mayoritaria es sostener, que como la actuación persigue curar o aliviar, mediante la aplicación de las normas de la ley del arte, no puede sostenerse que el médico ejecute dolosamente un acto típico de lesiones o de homicidios (…) El médico cuando opera trata de sanar o alivia, no persigue como meta de su acción lesionar la integridad corporal del paciente. El fin de curar es incompatible con el dolo de lesionar y lo excluye, ya que mientras en uno –en la actjvidad curativa- se tiende a la protección de bien jurídico salud, en el otro, en el delito doloso, se persigue su agresión. Entonces, la intervención médica, llevada a cabo conforme a las reglas del arte y con finalidad curativa, no llena ningún tipo delictivo, aún en caso de resultado funesto, ya que es una acción que no ha perseguido lesionar o matar al enfermo (…) Podríamos decir medicar es curar y curar puede implicar lesionar corporalmente, pero sólo en un sentido material o físico, no en un sentido jurídico-penal..."

Según lo expuesto por el Dr. Künsemüller, nuestra legislación penal al referirse a la responsabilidad del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se refiere expresamente a los delitos culposos, donde no media intención alguna de causar daño, pero en su accionar incurre en infracción de la norma.

El penalista alemán Reinhart Maurach deja en claro que la imprudencia no es un residuo del delito doloso, cuando expresa: "Cabe aclarar que de la falta de dolo no se infiere, en caso al-

guno, la existencia de imprudencia, ésta debe ser demostrada y fundamentada en forma independiente. El delito imprudente no es residual del delito doloso".[42]

Es destacable la tendencia a excluir de responsabilidad penal de los profesionales de la salud, exceptuando claro las situaciones de dolo, en esta línea va la justicia chilena que dispuso a los agentes fiscales que en casos de negligencias médicas se procuren procesos abreviados y la implementación de acuerdos reparatorios. Lo que puede llevar a una descriminalización de las conductas médicas, dejando de ser penal y llevándola a ser responsabilidad civil. Ese tampoco es el objetivo pues si se trata de un delito debe ser sancionado como tal.

La responsabilidad penal, según el jurista chileno Dr. Carlos Pizarro Wilson: "busca sancionar con una pena privativa de libertad al médico que se ha apartado de su lex artis en la ejecución del acto médico. Sin embargo, es inusual que un médico sea privado de libertad por una sentencia condenatoria. En el peor de los casos han accedido a una forma alternativa del cumplimiento de la pena o beneficios carcelarios, pues suelen beneficiarse de atenuantes como la irreprochable conducta anterior. Con la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, **la persecución penal de los médicos por actos negligentes debiera ir en franca retirada**. Antes de la vigencia de esta reforma, era usual que los abogados buscaran "criminalizar" los actos de los médicos para exigir la indemnización civil en el mismo proceso penal. Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal restringe en forma significativa la posibilidad de intentar la acción civil en el proceso penal. Por consiguiente, es posible vaticinar que los problemas de responsabilidad médica serán conocidos por los jueces civiles más que por los jueces penales. Esta política criminal es muy acertada, atendido que no es eficiente la persecución criminal de las actividades profesionales al generar un aumento de los costos de la atención sanitaria (…) el acuerdo reparatorio puede permitir una solución más ágil de la indemnización de los perjui-

[42] **MAURACH,** Reinhart otros: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, en Derecho Penal General, parte 2; Traducción de la 7º edición alemana por Jorge Bofill Genzch; Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, febrero 1995; pág. 126.

cios, sobre todo tratándose de cuasidelitos penales, en particular en el ámbito de la responsabilidad médica y accidentes de tránsito".[43]

2.4. DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Puede advertirse que en el medio ecuatoriano existen regímenes distintos que dicen relación con la responsabilidad de indemnizar, siendo positivo que a futuro, se propiciara el establecimiento un régimen común para la responsabilidad civil sin distinción entre los hospitales públicos y clínicas, ni tampoco entre médicos funcionarios públicos o privados, lo que contribuirá a la certeza jurídica, puesto que nos enfrentamos en los casos públicos y privado, primero, a una responsabilidad objetiva por falta o de indebido servicio por parte del Estado y, en el segundo, a una responsabilidad subjetiva, lo que importa una incoherencia grave.

La responsabilidad administrativa es aquella que emana de infracciones relacionadas con el incumplimiento de deberes por parte de funcionarios públicos, en que puede incurrir un médico que desarrolla su profesión al interior de la Administración del Estado, lo que da a entender que sólo pueden cometer esta clase de ilícitos aquellos facultativos que cumplen funciones en la Administración del Estado.

La responsabilidad administrativa, conforme manifiesta el jurista chileno Dr. Ricardo Encina es:

> "aquella que emana de infracciones cometidas al cumplimiento de deberes, funcionarios, en que pueden incurrir un médico que desarrolla su profesión al interior de la Administración del Estado. De su concepto se desprende que sólo la poseen aquellos facultativos que cumplen funciones al interior de la Administración del Estado, ya sea en Servicios de Salud, Municipalidades (Consultorios), Ministerio de Salud, etc. Conforme al criterio sostenido por la Contraloría General de la República, esta responsabilidad no afectaría a los

[43] **PIZARRO WILSON, Carlos**: Mirada de un civilista a la reparación en el nuevo proceso penal. Gaceta Jurídica 2003; 296: 59-75.

profesionales incorporados mediante la modalidad de convenios sobre la base de honorarios".[44]

El numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República dice: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: "*9) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución….El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos…. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas."*

Como puede apreciarse en la disposición, todos los actos u omisiones o falta de servicio, en este caso de un profesional médico que ejerce su cargo como funcionario, generan responsabilidad objetiva del Estado, el cual podrá repetir contra aquellos.

La Administración del Estado, según el jurista colombiano Dr. Agustín Gordillo:

> "en desarrollo de su actividad regular, expresada en hechos, operaciones y actos administrativos o, como consecuencia de la actividad irregular de sus funcionarios en la organización y funcionamiento de los servicios públicos y aún en el desempeño de sus funciones, puede ocasionar perjuicios a los particulares".[45]

La responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la administración pública, en el ejercicio de sus funciones, según señala el artículo 11 numeral 9 de la Constitu-

---

[44] **ENCINA, Ricardo:** Tipos de responsabilidad que afectan el ejercicio profesional de los médicos cirujanos. web.usach.cl/clinicayciencia/num1/TiposResponsabilidad.PDF (acceso 18.09.09)

[45] **GORDILLO, Agustín:** Tratado de Derecho Administativo. De la defensa del usuario y del administrado. 1ª edición colombiana 1998, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurìdica DIKE, Medellín, Colombia, citado por Yolanda Margaux Guerra y Jairo Castro Ardila en: Diversas formas de la Responsabilidad del Estado por la Actividad Administrativa. Revista Diálogos de Saberes Nº 26, Enero – Junio 2007, pág. 145.

ción, se reconoce la obligación del Estado de responder ante la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y se determina el derecho de repetición en contra de los funcionarios que hayan causado el daño por acción u omisión.

En el caso de la disposición constitucional ya invocada estamos ante una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no tiene injerencia la reprochabilidad, es decir la culpa o el dolo.

La consagración de la responsabilidad objetiva del Estado se ha constituido en un mecanismo imprescindible de defensa de toda persona ante el Poder Público, ya que al consagrarse la posibilidad de responsabilizar al Estado, el ciudadano tiene la certeza jurídica que todo daño que se le cause por acción u omisión de cualquier funcionario público, le será resarcido por el Estado.

La responsabilidad civil del Estado, se expresa en la directriz existente en nuestra Constitución en el inciso segundo del numeral 9 del artículo 11 que en términos generales se refiere a que las peronas jurídicas de derecho público y las de derecho privado, prestadoras de servicios públicos, responderán por los daños que sus agentes, ostentando dicha calidad causen a terceros, asegurándose el Estado el derecho de repetición contra los responsables en los casos de dolo o culpa.

Puede destacarse que la obligación del Estado de restaurar el patrimonio disminuido del receptor del daño en razón de los actos de aquel, ha pasado por diferentes etapas que fueron desde la irresponsabilidad a la responsabilidad con culpa civil o administrativa, y, finalmente, a la responsabilidad sin culpa, en las modalidades de riesgo administrativo o riesgo integral.

Cabe señalar que en el artículo 83 numeral 12 de la Constitución de la República, se afirma que dentro de los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos, es la de ***"12. Ejercer la profesión y oficio con sujeción a la ética",*** lo que significa que en caso de impericia puede mantenerse que el profesional rebasó la aplicación de la ley porque conocía de sus

limitaciones profesionales; así como, en el caso de la negligencia, puede sostenerse que hay una falta de cuidado o diligencia en el ejercicio de sus funciones y, en el caso de la imprudencia, puede pasar que el médico, en su afán de salvar la vida del paciente, excede en sus actos, pero en caso alguno puede decirse que hay una "falta de ética".

2.5. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Históricamente existen diversas etapas acerca de la responsabilidad civil, distinguiéndose en la antigüedad la ley del Talión que propiciaba la venganza privada y era, como dicen los autores, una responsabilidad objetiva sui generis, porque el culpable respondía con su vida por el daño causado o en la forma que lo estimara la víctima o su familia, situación que se modificó, en Grecia y Roma, cuando se instauraron los acuerdos reparatorios y que se hizo referencia anteriormente.

Sin embargo, en la antigüedad, respecto de la responsabilidad del Estado, no había ninguna clase de responsabilidad, pues los estados absolutistas hacían soportar los daños a los particulares, encontrando su fundamento en el principio vector del Estado absoluto o Estado de policía, según el cual éste no podia causar daños y que se expresaba en las fórmulas: la francesa "Le roi ne peut mal faire", es decir, "el rey no puede causar daño" y la inglesa "The king can do no wrong" que significa "el rey no yerra".

El Estado soberano, dice Duguit, "no puede ser responsable con ocasión de la ley, expresión misma de la soberanía. No puede serlo tampoco con ocasión de los actos ejecutivos, actos jurisdiccionales o administrativos. Si estos actos son conforme a la ley, la cuestión de responsabilidad no se plantea ni para el Estado ni para el agente o funcionario público. Si son contrarios a la ley, no se plantea para el Estado, pues éste ha hecho la ley, ha creado el derecho y ha querido que esta ley sea ejecutada. Si no lo es o es violada, es que el agente pone su propia

voluntad en lugar de la del Estado soberano. Solo hay una voluntad responsable: la del agente público". [46]

El destacado jurista mexicano Dr. Andrés Serra Rojas, profesor emérito de la Universidad Autónoma de México, al respecto expresa: "La Teoría tradicional de la Soberanía, no aceptó el principio de la responsabilidad del Estado, por considerar que todo daño que éste ocasionara, deben de soportarlo los particulares". [47]

Posteriormente viene la teoría de la responsabilidad con culpa civil del Estado, también denominada teoría de responsabilidad subjetiva del Estado, instaurada por la influencia del liberalismo, que se dio para fines indemnizatorios, al Estado con el individuo, pudiendo con esta ficción legal responsabilizarse al Estado y obligársele a indemnizar siempre que sus agentes hubiesen actuado con culpa o dolo, pudiendo colegirse entonces, que la obligación de indemnizar provenía de la culpa o dolo del agente público, que fue el sustento de la responsabilidad civil.

Sin el dolo o culpa del agente no existía la obligación de indemnizar, lo que implicaba una pesada carga para los administrados, quienes tenían que demostrar, además del daño, la culpa del agente estatal.

Con posterioridad, fue desarrollada en Francia la responsabilidad por "falta de servicio" que ocurría siempre que el servicio no funcionaba, lo hacía mal o retrasado, que dio nacimiento a la teoría de la culpa administrativa o culpa anónima que no atendía al causante directo del daño.

Finalmente, surge la teoría de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado o teoría del riesgo administrativo que en términos simples atiende al daño causado a la víctima por parte

---

[46] **DUGUIT, León:** "Las transformaciones del Derecho Publico" 2a. ed. Reus, Madrid, 1926, pág. 304.

[47] **SERRA ROJAS, Andrés**. "DERECHO ADMINISTRATIVO" t. II, 4a. ed. Porrúa S.A., México, 1968, Pág. 1257.

de la administración, bastando que la víctima demuestre el perjuicio ocasionado por las acciones u omisiones del poder público. Esta teoría, se basa, simplemente, en el riesgo que la actividad pública genera para los administrados.

En la actualidad en virtud de los progresos de los estudios sobre esta materia, se sostiene que la Administración, es directa y totalmente responsable, sin que sea necesario un previo conocimiento de si la lesión es producto de la acción del funcionario público o de la misma administración. De esta concepción ha surgido la regla de la responsabilidad extracontractual del Estado, aún en los casos en que actúa como Poder Público por los daños que ocasionen los actos de sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus funciones. De esta manera se avistan juicios infructuosos o inútiles, como sería el promovido contra un funcionario insolvente de la Administración, resultando ilusoria la indemnización solicitada por el particular perjudicado.

El trasladar al Estado las obligaciones derivadas de la responsabilidad de sus funcionarios, tiene como objetivo que el perjudicado pueda demandar una satisfacción ante un deudor con una solvencia incuestionable en cualquier escenario, que en este caso viene a ser el Estado.

En general, el ordenamiento jurídico parte del principio de que aquel en cuya persona nace una obligación de reparar, está en situación de poder cumplir la prestación que debe. Al menos deja, en lo fundamental al acreedor el riesgo de alcanzar su derecho, no sólo formalmente por medio de una sentencia favorable, sino también, materialmente, por medio de una ejecución eficaz de ella. Razón exclusiva de justificación de trasladar la responsabilidad al Estado, es la de ser éste quien da a sus funcionarios las capacidades suficientes para ejercer determinado cargo, los mantiene bajo su mando mediante un régimen disciplinario y es absoluto titular del servicio público, de cuya acción deriva la obligación de reparación por cualquier lesión ocasionada.

Cabe concluir con el Dr. Andrés Serra Rojas que: "El moderno derecho Administrativo apoyado en razones de equidad estima justo que el particular perjudicado con un acto legal de la Administración, sea indemnizado. Esta situación crea el deber de indemnizar".[48]

2.5.1. La responsabilidad objetiva general en el ordenamiento jurídico brasileño

El Código Civil de Brasil es el texto legal que establece la normativa en lo civil en la República de Brasil, específicamente la Ley Nº 10.406 de 10 de enero de 2002, que entró en vigor el 11 de enero de 2003.

Los artículos 186 al 188 del Código Civil Brasileño se refieren a la responsabilidad extracontractual (aquiliana), apareciendo como significativo, dentro del contexto del Código cuando expresa que "comete acto ilícito el titular de un derecho que al ejercerlo excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres".

El artículo 927 del mismo cuerpo legal se ocupa de la responsabilidad civil, fijando el principio de la responsabilidad "independientemente de la culpa", estableciéndola, como se expresa en el texto: "cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implique por su naturaleza riesgo para los derechos de otro".

El destacado brasileño, Genival Veloso de França, doctor en Medicina y Derecho, señala las principales razones que llevaron a establecer la teoría de responsabilidad sin culpa en el ordenamiento jurídico brasileño, cuando expresa:

> " …el surgimiento de la teoria objetiva de responsabilidad tiene en el riesgo su viga maestra. El responsable del daño indemnizará simplemente por existir un perjuicio, tomándo-

[48]. **SERRA ROJAS, Andrés**. "DERECHO ADMINISTRATIVO" t. II, 4a. ed. Porrúa S.A., México, 1968, pág. 1260.

se en consideración la existencia de su culpabilidad, bastando la causalidad entre el acto y el daño para obligar a reparar. El nexo causal consiste en el hecho que el daño haya surgido de una acción u omisión. (…) la noción de culpa está diluyéndose ante la idea del riesgo que ha asumido un plano superior (…) en verdad, la teoría del riesgo desprecia el subjetivismo jurídico y los puntos de vista filosóficos, para atender al principio da necesidad que las sociedades contemporáneas exigen, como una política de igualdad frente a los sacrifícios impuestos por el interés público. A primera vista, que alguien responsa por daños causados sin culpa parece una grave injusticia. Pero no es menor la injusticia de dejar a la víctima sujeta a su propia suerte, soportando sola sus perjuicios. La solidaridad es el mayor sentimiento de justicia. Reparar todo y cualquier daño es el ideal de la propia solidaridad humana. Indemnizar el daño producido sin culpa es más una garantía que una responsabilidad. Y no se piense que los "reparados" por el daño obtengan ventaja. Los daños son siempre mayores que la reparación. A su vez, la responsabilidad civil del médico siempre provocó controversias, no solo por su inclusión en el campo contractual como extracontractual, sino, principalmente, por la manera más circunstancial en que la profesión es ejercida (…) Claro está que el médico, al ejercer sus actividades junto al paciente, su intención es beneficiarlo. Pero de igual forma el daño puede surgir. Eso obliga por la teoría de responsabilidad objetiva a reparar el daño, pues por más que estemos frente a una voluntad honesta y cuidadosa en las atenciones eso no exime el derecho de la víctima (…) Por lo que se revela, la visión de los tribunales se estña inclinando a la reparación del daño, no importando que el resultado sea demostrado por una falla instrumental o de la ciencia, cuando la culpa del médico no ha sido comprobada. Esta responsabilidad está generada por el aspecto contractual que hace de la relación médico – paciente un contrato de prestación de servicios. Los juzgadores antes que examinar las razones subjetivas de la culpa, se preocupan de la reparación del daño, existiendo sentencias que expresaron: «nada hay inmoral, aunque haya ausencia de culpa, en obligar a la reparacion de la coletividad pública causadora del daño por los actos de sus agentes...". [49]

[49] **VELOSO DE FRANÇA, Genival:** Responsabilidad civil del médico y el nuevo Código Civil. www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?. (acceso 12.09.09)

Con la revisión y análisis de las normas brasileñas y la doctrina de algunos de sus autores, y confrontándolo con el texto de la Constitución del 2008, que señala que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, además de social cuyo deber primordial es garantizar; sin discriminación alguna, goce efectivo de todos los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución y en los instrumentos internacionales, especialmente en lo relacionado con la salud, según se desprende de los artículos 1 y 3 numeral 1 de la carta fundamental, y atendido a que según el numeral 3 del artículo 11 que hace justiciables los derechos establecidos – valga la redundancia - en la Constitución y en los instrumentos internacionales, lo que significa que son de directa aplicación de todos y todas y deben hacerse valer frente al Estado, la administración pública y los funcionarios que la componen, sea de oficio o a petición de parte, conforme proceda acorde la normativa aplicable para el efecto.

Teniendo a la vista las normas constitucionales, resulta una contradicción que los derechos constitucionales, en materia de responsabilidad civil privada se rijan por las normas del Código Civil de 1857, que se sustentó en el chileno de 1855 y éste, a su vez en el francés o de Napoleón de 1804 que en la época fueron normas revolucionarias que terminaron con la irresponsabilidad del Estado y sus agentes.

Destaca, finalmente, el artículo 944 del Código Civil Brasileño, el cual, no tabula la indemnización se refiere a ella enmarcando de alguna manera sus límites, pero la indemnización se mide por la extensión del daño, y si hubiera excesiva desproporción entre la gravedad de la culpa y el daño, podrá el juez reducir equitativamente la indemnización.

CAPÍTULO III
DEBERES DEL MÉDICO

3.1. DEBER DE INFORMAR Y ACONSEJAR

El deber de informar del médico no es sólo la instrumentación práctica del principio de la Buena Fe propiciado por el artículo 1562 del Código Civil, sino que es un requisito previo al "**consentimiento",** toda vez que no se concibe como tal, un acto en el cual la parte que debe prestarlo ignore a qué se refiere el acto en sí mismo, y las posibles consecuencias que pudiera irrogarle la concreción de los actos médicos a los cuales se debe someter, y por lo tanto, los riesgos que debe asumir, por ello se habla en materia de responsabilidad médica del "**Consentimiento informado**" que permitirá al paciente o a su representante prestar válidamente su consentimiento para el tratamiento o la cirugía a la que se va a someter confiando que se dará cabal cumplimiento a lo que se ha indicado.

Para la jurista brasileña Dra. Debora Sotto, el incumplimiento al deber de información por parte de los profesionales médicos ha implicado un notorio aumento en las acciones indemnizatorias en su contra, cuando expresa:

> " Ante el creciente aumento de las acciones indemnizatorias promovidas por los pacientes en contra de los profesionales médicos, se ha constatado que el origen de gran parte de las demandas presentadas se debe a fallas de comunicación en la relación médico – paciente (…) el deber de informar impuesto al médico, es una condición sine qua non del consentimiento informado del paciente, buscando establecer medidas preventivas que deberán ser tomadas por esos profesionales con el objeto de prevenir causar daños físicos, psíquicos y morales a los pacientes por la falta o deficiencia en la información".[50]

[50] **SOTTO, Debora**: El deber de informar del médico y el consentimento informado del paciente. Medidas preventivas y responsabilidad ante la falta o deficiencia de información. **Jus Navigandi**, Teresina, año 8, n. 178, 31 dic. 2003. http://jus2.uol.com.br doutrina/texto.asp?id=4635 (acceso 04.09.09)

Conforme lo expuesto por la jurista brasileña, se considerará plenamente válido el consentimiento (informado) cuando el paciente, o su representante, asiente con discernimiento, intención y libertad, manifestando su voluntad jurídica para someterse a una determinada práctica medica, luego de haber entendido, según su nivel de comprensión, la explicación y propuesta del galeno, las alternativas terapéuticas, su complejidad, sus riesgos y beneficios. En definitiva el consentimiento informado debe ser un consentimiento esclarecido; el cual debe esta basado en una comunicación médico-paciente fundada en la rectitud, la confianza y la buena fe.

El deber u obligación del médico de informar al paciente, está contemplado como derecho del paciente en el artículo 5 de la Ley Nº 77 de Derechos y Amparo del Paciente, publicada en el Registro Oficial Nº 626 (suplemento) de fecha 3 de febrero de 1995, en donde se consagra el «derecho a la información» que reconoce el derecho los pacientes de ser informados de cada una de las etapas por las que deba pasar para recibir la atención médica, como la consulta, diagnóstico, exámenes y procedimientos quirúrgicos, para que su decisión sea conciente de los que debe realizar. Se exceptúan de este caso las situaciones de emergencia, en los que se encuentra en riesgo la vida del paciente y se deben arbitrar todas las acciones para salvarle, a menos que se encuentre conciente y pueda dar su consentimiento.

De igual forma, todo centro de Salud debe informar al paciente quién es el médico responsable de su tratamiento. (artículo 5 inciso final)

Finalmente, en relación al derecho a la información, una vez obtenida – valga la redundancia – según se expresó anteriormente, la información, según el artículo 6 ibídem, el paciente que asiste a un centro de salud posee el derecho a elegir si acepta o o el tratamiento que el médico le ofrece para la situación que presenta; cualquiera sea la decisión del paciente, el centro de salud, deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión y solicitarle que suscriba un documento deslindando su responsabilidad, en caso de abandonar la casa de salud y requerir un tratamiento; embargo no aplicaría la elección en casos de emergencia en los que no se

puede esperar a una decisión del enfermo sino que se debe proceder con la oportunidad que el caso amerita para evitar un daño mayor o su muerte.

El consentimiento informado constituye el derecho del paciente de participar de todas las decisiones del profesional médico que digan relación con el tratamiento que pueda afectar su integridad, siendo deber del médico poner en su conocimiento los riesgos y beneficios de las alternativas que ofrece su tratamiento, ya que la información representa uno de los deberes fundamentales de los médicos, a tal punto que merece un lugar preponderante a la hora de evaluar la conducta del galeno ante un proceso de tipo civil.

Según los juristas argentinos doctores Aída Kemelmajer de Carlucci, Félix Alberto Tapia Represas y María Josefa Méndez Costa:

> "El médico ha de suministrar al usuario la información necesaria con el fin de iluminar y esclarecer cualquier duda, para poder decidir con libertad, dentro de las opciones posibles que la ciencia médica ofrece. La ley no concede al profesional médico atribuciones para imponer sus intereses sobre la autonomía del usuario, único legitimado para decidir consciente y responsablemende qué riesgos asume o a qué bienes renuncia en relación con su vida e integridad".[51]

Respecto de las obligaciones recíprocas de las partes, en la cual la del paciente está la de pagar los honorarios del médico, conforme expresa el jurista chileno Dr. Lorenzo de la Maza Rivadeneira, en su obra "El contrato de atención médica":

> "Con todo, atendido que el objeto del contrato es curar de sus males o deficiencias al paciente o lisiado o, tratándose de males incurables, al menos aliviarlos de dolores o malestares, pueden señalarse diversas etapas de la actividad medica frente a un enfermo, lisiado o herido, que permiten esbozar las principales obligaciones del médico y determinar infracciones de las mismas, atribuibles a culpa del profesio-

[51] **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: TAPIA REPRESAS, Félix Alberto y MÉNDEZ COSTA, María Josefa** : Edición en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, 1ª ed., Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2005, pág 299.

nal o de personas por las cuales podría tener responsabilidad. Al parecer, las indicadas etapas podrían ser:

1) la del o de los exámenes preliminares, incluyendo los exámenes auxiliares, como pueden ser los radiológicos y otros semejantes o los que deben hacerse en laboratorios bioquímicos, los electrocardiogramas y otros analogos;
2) la del diagnóstico propiamente tal, en que el medico o profesional indica cuál es el mal, enfermedad o lesión del paciente;
3) la de elección del tratamiento y, sobre todo, de la aplicación prática del tratamiento ordenado;
4) la de intervencion quirúrgica, si el diagnostico la hace necesaria o conveniente para la curación o alivio del paciente y la de aplicación de la anestesia que se requerira en cada caso;
5) la del restablecimiento y de la convalecencia, hasta que el enfermo o paciente sea dado de alta, es decir, hasta que quede comprobado que no necesita continuar con el tratamiento o quede restablecido de la intervención quirúrgica, etapa en que puede corresponder al medico o profesional indicar regímenes alimenticios, de actividad u otros.

> Fácil es comprender que cada una de las etapas indicadas supone una serie de obligaciones para el profesional (…) como requisito de la responsabilidad contractual. Lo que parece ser esencial es el derecho del paciente a ser ampliamente informado en cada una de esas etapas sobre cuál es sn enfermedad, el tratamiento indicado, los peligros del caso, los riesgos que hay que asumir y los cuidados a que debe someterse. Es ilícito mantener al enfermo en la ignorancia o sin información veraz, oportuna y completa, salvo casos excepcionales en que debe informarse a quienes lo representan, como cuando se trata de un enfermo

mental o se adquiere certeza de que el enfermo no resistirá la informacion sin ser víctima de una crisis nerviosa o de agravar sus males".[52]

El facultativo argentino, Dr. Jorge Arturo Fiorentino, expone, en acertada forma, cuando expresa que los principales deberes y obligaciones de los pacientes son los siguientes:

- **"Deber de informar:** Los pacientes tienen la obligación de suministrar toda la información que les fuera requerida durante la entrevista personal. Los datos allí revelados deben ser completos, exhaustivos y veraces, para que junto al examen físico, los análisis complementarios de diagnóstico, interconsultas, etc., se pueda elaborar un diagnóstico presuntivo que sirva como base para diagramar un tratamiento inicial y definir el método de curación más conveniente (…)

- **Deber de colaborar**: El pacientetiene el deber de colaborar con su médico y cualquier actitud infundada y/o carente de razonabilidad configura culpa exclusiva de la parte. La negativa de colaboración se puede simplificar enumerando las siguientes figuras: Negativa a recibir asistencia, abandono del profesional sin justa causa y durante el tratamiento comenzado, incumplimiento del tratamiento prescripto o de las indicaciones médicas esenciales recomendadas. Cualquiera de estas eventualidades cuando están presentes, liberan de responsabilidad al médico, siendo improsperable, cuando se comprueban, cualquier reclamo rezarsitorio. (…).[53]

Como puede concluirse respecto del derecho de información del paciente, también sobre éste pesa la obligación de informar y de colaborar en su tratamiento, ya que en materia de indem-

---

[52] **DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo:** El contrato de atención médica. Revista chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de DerechoVolumen 16, Santiago, Chile, 1989, págs. 11 y 12.. https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/1/D123T07155/17/.../54399

[53] **FIORENTINO, Jorge Arturo:** Los desconocidos deberes y obligaciones de los pacientes. Esta es la versión html del archivo http://www.samct.org.ar/comites/pediatr/deberes.doc (acceso 04.09.09)

nización de perjuicios, cesa o disminuye ésta cuando el paciente se ha expuesto imprudentemente al daño, es decir, cuando no ha seguido las prescripciones indicadas.

3.2. DEBER DE ASISTIR

De conformidad a lo expuesto por las juristas brasileñas doctoras Laila Marchi Barreto y Larissa Marques Vaz Santana: "El deber de asistir se caracteriza por la adecuada prestación de los servicios contratados, atendiendo a los llamados y procurando mantenerse informado de las condiciones de salud del paciente durante el tratamiento. Por tanto, debe el profesional dar condiciones al paciente para que lo encuentre con facilidad en caso de necesidad, ya que la ocurrencia de daños por falta de servicios de asistencia puede caracterizarse como abandono, que genera responsabilidad".[54]

Las consecuencias por el daño causado en virtud de la negativa a prestar oportuna atención médica, son calificadas por organismos internacionales, entre ellos la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, y la UNESCO, como hechos violatorios de los derechos humanos. En efecto, en lo atinente, se ha establecido que es lesivo a los derechos humanos:

> "la negativa de prestar asistencia médica, realizada por parte de un profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que preste sus servicios en una institución pública, que -como consecuencia- ponga en riesgo la vida del paciente, aún cuando de ello no resulte ningún daño". [55]

El abandono de persona se configura cuando el profesional médico deja a un paciente sin los cuidados necesarios para mantener su vida o su integridad, en el caso en que no pudiera ser suministrado por ella misma.

---

[54] **MARCHI BARRETO. Laila y MARQUES VAZ SANTANA Larissa:** Una mirada al error médico frente a la relación de consumo. http://www.facs.br/ revistajuridica/edicao_ fevereiro2004/discente/disc11.doc.

[55] Comisión Nacional de Derechos Humanos. México. Manual para la Calificación de hechos violatorios de los Derechos Humanos. www.**cndh**.org.mx/cenadeh/bibliot/biblio2.asp? (acceso 05.09.09)

Existe en nuestra legislación actualmente una figura que tipifica el abandono profesional, que estando el profesional obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, y que dicha denegación o abandono derive en riesgo grave para la salud de las personas; el abandono en nuestro ordenamiento penal se trata de una figura diferente pudiendo subsumirse esta conducta en el artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal que sanciona a la persona que en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años; en el caso que se produzca la muerte de una persona como consecuencia de la desatención, el inciso 2° del referido artículo, sanciona a dicha conducta ilícita con pena privativa de libertad de 13 a 16 años.

3.3. DEBER DE PRUDENCIA

El jurista brasileño Dr. Guilherme Martins Malufe, al referirse al deber de prudencia expresa que: "El deber de prudencia tiene relación con la forma de actuar del médico. Éste no podrá hacer experimentos con sus pacientes o realizar una operación que envuelva un enorme riesgo de vida, sin autorización, aún tácita, del cliente o sus familiares. Sería necesario expresar que en casos de extrema urgencia en que el enfermo esté inconsciente, no será necesario el consentimento de sus familiares, debiendo el médico decidir en la mejor forma posible.[56]

Según el Dr. Simón Bofill y Nonell, quien en un discurso histórico denominado **"Deberes que el Médico tiene contraídos con la Humanidad",** en su investidura de doctor en medicina y cirugía en la Universidad Central de Madrid, en año 1861 y que ha marcado un hito en las obligaciones y ética de los profesionales médicos, señaló:

> " la prudencia enseña a poner en acción oportuna todos los resortes para el mejor logro de nuestro supremo objeto, siendo indispensable que obremos con tal rectitud, cuidado y delicadeza, que quede siempre satisfecha la conciencia, acreditada nuestra buena intención."

[56] **MARTINS MALUFE, Guilherme**. Responsabilidad civil de los médicos. Jus Navigandi, Teresina, año 4, n. 40, mar. 2000. http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1867.

asentado el honor del arte y asegurado el bien de los enfermos".[57]

En concordancia con lo señalado en líneas anteriores, me permito indicar que la Corte Suprema de la Nación Argentina tiene dentro de su jurisprudencia lo siguiente:

> "Quien contrae la obligación de prestar un servicio de asistencia a la salud lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular. **Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado**, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad".[58]

En otras palabras lo que se pide al médico es observar la diligencia y cuidado a que se refiere el inciso 3º del artículo 29 del Código Civil, y ello tiene la siguiente justificación, en primer lugar no cabe ni la culpa lata ni la levísima, la primera porque sería inconcebible que un profesional médico actuara con negligencia y poca prudencia, y, respecto de la levísima, lo que se pide es un profesional que se desenvuelve normalmente cuando se lo compara con la actuación de sus colegas.

3.4. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES MÉDICOS

Conforme lo señala la Cámara Legal Peruana, *"el incumplimiento de deberes médicos es una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrita, dispuesta con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente, puede circunscribirse a la esfera administrativa si no ocasiona daño al paciente."*

---

[57] **BOFILL NONELL, Simón**: Deberes que el médico tiene contraídos con la humanidad. Universidad Central de Madrid, Imprenta de Zacarías Soler, Madrid, España, 1861, pág. 10.

[58] **CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTIN A:** "Fallos", 322-1402; y sus citas, 306-2030 y 317-1921. www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2004/09-08/c86949.doc (acceso 06-09-09)

CAPÍTULO IV
DE LA IMPERICIA, LA IMPRUDENCIA Y LA NEGLIGENCIA MÉDICAS

Importante es señalar que la Doctrina señala que la responsabilidad médica, que se refieren a que hay imprudencia y negligencia, cuando se obra con falta de diligencia y cuidado, y que la impericia es una clase de imprudencia, conductas todas que tienen relación con el deber objetivo de cuidado.

Sin embargo, pese a que estas afirmaciones tienen su respuesta en las normas sobre responsabilidad civil, existe un factor que nadie ha tocado en profundidad como es la falta de formación de profesionales en las llamadas "universidades de garaje"; es decir, que carecen de la mínima infraestructura para impartir conocimientos adecuados, o, universidades a distancia, que obviamente no deberían existir en materia de salud humana. Lo patético de estas universidades es que buscan solo el lucro, sin que el Estado sopese las consecuencias que con ello se está fomentando con la multiplicación de profesionales de mala calidad que en el futuro van a estar a cargo de la vida y la salud de las personas.

Por ello es acertado lo que menciona el doctor en medicina Alberto Agrest, cuando al referirse a la imprudencia, la impericia y la negligencia señala:

> "el error médico tiene a su entender tres fuentes principales, una el simple azar que se entretiene en crear situaciones inesperadas, la otra es la ignorancia personal o institucional y la tercera la irresponsabilidad.El conocimiento científico trata de domesticar el azar mediante los resultados de la observación y de la investigación y el registro de las mismas para hacerlos accesibles a la comunidad médica(…) Tras milenios de creencias la medicina lleva apenas un siglo y medio de investigación científica (…) La ignorancia empeora siempre los efectos adversos del error y se envanece con los efectos favorables del azar, que crea la ilusión que éstos son producto de su capacidad. A los médicos, como en todas las profesiones la intolerancia a la incertidumbre y el narcisismo nos hace vivir los acier-

> tos como producto de nuestra capacidad olvidando el azar y responsabilizando de los errores a algún otro o al azar olvidando o negando nuestra incapacidad. En la actividad médica ubicada hoy en un sistema de atención en el que, el médico es sólo un engranaje, el error médico supera la ignorancia de los médicos y es con más frecuencia producto del sistema: por desorganización u omisiones de controles que impedirían que el error se convirtiera en daño. El casi daño demuestra que una buena organización del sistema o nuevamente el azar, son capaces de colocar una valla al error y su reconocimiento sirve para evitar que los mismos errores se reproduzcan aunque el azar es capaz de hacer fútiles esas vallas. La irresponsabilidad médica es producto en realidad de una cadena de irresponsabilidades que va desde la falta de evaluación de la personalidad de los que ingresan a la carrera, la promoción aun con faltas flagrantes de conocimientos que se atribuyen al exceso de alumnos, pobre justificativo para aprobar a quienes no tienen los conocimientos necesarios, lo que he llamado mala práctica docente, irresponsabilidad en la falta de control adecuado de los que se inician en la actividad asistencial, aun en residencias acreditadas, y la falta de mecanismos adecuados de recertificación".[59]

Razón tiene el Dr. Alberto Agrest cuando expresa que desde el comienzo de la carrera médica empiezan las falencias, como acontece con la falta de evaluación de la personalidad de los que ingresan a la carrera. Destaca la necesidad de una prueba nacional de suficiencia universitaria, como ocurre actualmente, en la cual solo los alumnos con mejores promedios y que hayan obtenido un puntaje alto pueden ingresar a estudiar una carrera tradicional, prueba nacional que es requisito fundamental para ingresar a la educación superior, no obstante, dentro de las políticas de libre mercado que atienden al lucro más que a la perfección del individuo, nos encontramos, en lo que respecta a las universidades privadas, ante una fábrica de profesionales de calidad deficiente, con docentes a los que no se les somete a exámenes de conocimientos, pudiendo advertir, además, que es denominador común de las universidades privadas, pagar a los docentes sumas irrisorias por la hora de clase. A todas las deficiencias anteriores, se añade la falta de control adecuado de las universidades, siendo éstas las mayores violadoras del dere-

[59] **AGREST, Alberto:** "El conocimiento y el Error Médico". Disponible en World Wide Web: http://www.errorenmedicina.anm.edu.ar Abril 2006. CIE. Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires, Argentina. (acceso 09.09.09)

cho de propiedad intelectual, pues nutren sus bibliotecas con libros fotocopiados y sin autorización de su autor, no siendo siempre la mejor bibliografía la que existe en sus bibliotecas. Enumerar los problemas y falencias de nuestra educación superior, es cuento de nunca acabar.

En relación a las conductas de imprudencia y negligencia, debe tenerse presente que se trata de un cuasidelito puesto que en caso alguno el médico no quiere la consecuencia dañosa, pero queda de manifiesto que sí quiere obrar imprudentemente o con negligencia, sí se toma en cuenta el apartamiento, en su obrar, de la lex artis.

4.1. DE LA IMPERICIA MÉDICA

El médico imperito es aquel que carece de aptitudes técnicas, teóricas o prácticas para ejercer la actividad médica, en otras palabras la falta de conocimientos en determinado arte o profesión.

El gran civilista español Dr. Ferrán Badosa Coll ha definido a la impericia en su sentido más comprensivo:

> "Como la ignorancia por el deudor de unas determinadas reglas técnicas, que da lugar a la infracción del modelo de conducta profesional (pericia en sentido objetivo) asumido como debido para la obligación de que es titular, constituyendo su sede las obligaciones nacidas del contrato y diferenciándolas de dos acepciones de impericia: la subjetiva como ignorancia inexcusable del deudor y la objetiva como infracción del modelo profesional".[60]

En la impericia médica el profesional sabía de sus limitaciones, y, obviamente, preveía los resultados que emanarían de su conducta, cosa bastante diferente a lo que acontece con la imprudencia y la negligencia. Aunque debe destacarse que las universidades privadas no tradicionales, cuentan con buenos discursos con los que pretenden cubrir sus limitaciones, redundando ello en un profesional no apto para el ejercicio profesional, en un grave daño al país

[60] **BADOSA COLL, Ferrán**: La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil., Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pág. 802.

porque con profesionales deficientes, se pone en peligro el derecho a la vida y salud de los habitantes, añadiéndose además, que un médico formado deficientemente generará para el Estado, si es que consigue desempeñarse en un centro público de salud, una serie de problemas que tendrán que ver con la responsabilidad civil objetiva de aquél y solidariamente responde el Estado, pese a que hoy ya existe el derecho de repetición.

En consecuencia, precisándose cuál es una de las principales causas de la impericia médica, estimo desde mi respetuoso punto de vista, que la impericia se diferencia notablemente de la imprudencia y la negligencia médica, siendo aplicable en plenitud a este ilícito lo que se considera mala práctica médica, porque en esa conducta existen todos los elementos establecidos en la norma para subsumir la conducta, toda vez que el mal se ha causado por falta de previsión o de precaución.

El homicidio culposo o inintencional, como dispone nuestro Código Integral Penal en su artículo 146, según el penalista argentino Dr. Sebastián Soler es una especie de imprudencia o negligencia, cuando expresa:

> "Respecto de la impericia, no se trata de reprimir la incapacidad genérica del autor, sino el hecho de haber emprendido una acción para la cual el sujeto se sabìa incapaz (imprudencia) o se debía saber incapaz (negligencia) de acuerdo con las circunstancias concretas; de manera que el resultado de la muerte está determinado precisamente por esa acción emprendida en forma inconsulta. Un sujeto puede ser, en general, imperito; pero haber hecho lo que en el caso concreto debía hacerse, supliendo la impericia con diligencia. Así podrá decirse, en general, de un determinado médico de campo, que no tenía pericia como cirujano; pero mientras haya hecho lo que la lex artis le aconsejaba, no sería responsable del resultado, pues lo que se condena es la impericia imprudente o la impericia negligente".[61]

Siendo loable lo del connotado autor argentino, puede apreciarse que en el caso del artículo 146 del Código Integral Penal se pone énfasis en caso de haber producido la muerte por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, y, obviamente al no prever los nefastos resultados

[61] **SOLER, Sebastián:** Derecho Penal Argentino. Editorial Tipográfica Editora Argentina, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 90

que su falta de conocimientos, a sabiendas, que obró en contra de la ley y, ciertamente, contra la lógica, procediendo, entonces el máximo de la pena.

Debe destacarse que conjuntamente al deber objetivo de cuidado, expresa el jurista brasileño Dr. Nelson Hungría, la culpa no prescinde de la previsibilidad porque:

> "Existe previsibilidad cuando el agente, en las circunstancias en que se encontraba podía, según la experiencia general, haberse representado, como posibles, las consecuencias de su acto. Previsible es el hecho cuyo posible acaecimiento no escapa a la perspicacia común. En otras palabras, es previsible el hecho bajo el prisma penal, cuando la previsión del acontecimiento en el caso concreto podía ser exigida a un hombre normal, aun hombre medio, a un tipo de sensibilidad ético social común. La previsibilidad debe ser apreciada objetivamente, esto es, en no desde el punto de vista del agente, sino desde el punto de vista del hombre común, en base a las lecciones de la experiencia que frecuentemente suceden". [62]

Conforme lo expuesto es obvio que una persona no preparada técnicamente para un caso determinado, por carecer de las capacidades del caso, debe ser responsabilizada penalmente, como sucedería por ejemplo, en el caso hipotético de una persona que teniendo la profesión de médico, se ha dedicado por veinte años al comercio y abandonado el ejercicio durante todo ése tiempo, siendo esto un hecho notorio en la comunidad donde se desenvuelve, y, un día a sabiendas de sus limitaciones, interviene quirúrgicamente a una persona y le causa la muerte. Siguiendo al profesor Nelson Hungría y al artículo 146 del Código Integral Penal, obviamente que el juzgador debería necesariamente atender a esta falta de previsión y al hecho notorio que se trataba de una persona que durante veinte años no ejerció la medicina y sin tener los conocimientos técnicos del caso procedió, a sabiendas, en forma absolutamente imprudente.

4.2. DE LA IMPRUDENCIA MÉDICA

Lingüísticamente el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la imprudencia en los siguientes términos: IMPRUDENCIA: (Del lat. imprudentia.) f. Falta de prudencia. 2. Ac-

[62] **HUNGRÍA HOFFBAUER, Nelson**: Comentarios al Código Penal, Ed. Forense, volume I, tomo II, 6ª ed., Río de Janeiro, 1983, pags 151 y 163.

ción o dicho imprudente. Temeraria. Der. Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos.

La imprudencia se entiende como falta de cuidado, criterio y sano juicio exigidos al profesional de la salud al momento de realizar cualquier procedimiento propio de la especialidad a la que corresponda, por ejemplo, si un ginecólogo receta a un paciente por un problema gástrico, puesto que no es su especialidad y podría ocasionarle un daño mayor, en ese caso lo que procede son las interconsultas pero no recetar porque asistió a su consulta en vez de ir a otro médico especialista en la rama.

La imprudencia es cometida cuando el galeno actúa sin la debida cautela, es decir siendo muy irresponsable al momento de realizar los procedimientos, por ejemplo, no verificar que tipo de medicina le envía y en que proporción de acuerdo al peso en los niños, lo que podría causar una sobredosis. Las acciones cometidas por el médico imprudente se identifican por la falta de discernimiento o criterio.

En Colombia se considera a la imprudencia, como la ausencia de capacidad técnica para ejercer la profesión médica y es equivalente a la "inobservation des regles d'art" que prescribe la doctrina francesa; o la "malpractice" anglosajona y el "kunstfehler" alemán.

Es importante que se mencione lo relacionado con el concepto de error médico que puede considerar aquel que se da por ignorancia que puede evaluarse las razones por la cuales se produjo o aquel que se dio por haber ocurrido que el médico intervenga apremiado por una circunstancia extrema que lo va a exonerar de responsabilidad, como expresa el jurista colombiano Dr. Fernando Guzmán Mora: "Es necesario mencionar el concepto de error médico. Éste puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado 'estado de necesidad', que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente. Por ejemplo, el médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en

muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio".[63]

El segundo frente es más complejo pues trata de la impericia del propio médico, aunque muchas veces, es difícil distinguir entre impericia e imprudencia. Los expertos sostienen que no se puede atribuir impericia a un médico debidamente diplomado y que el error será siempre de imprudencia o negligencia, siendo clásico el ejemplo de impericia el caso de un médico que después de formado, que nunca ejerció la profesión y se dedicó a su hacienda, tenga después de un período de cinco a diez años, la pericia para atender pacientes, salvo las dolencias más simples y corrientes. Por eso, es posible, éticamente hablando, atribuir impericia a un médico diplomado. Las habilidades y conocimientos son algo dinámico, ya que el médico debe perfeccionar continuamente sus conocimientos y usar lo mejor del progreso científico en beneficio del paciente.

Ahora, si bien la imprudencia se la ha definido como un evento en el cual no hubo intencionalidad de causar daño, la acción imprudente es predecesora del daño, puesto que, ésta acompaña de la ausencia de previsión o precaución. Cuando la lesión es por causa de una omisión, evidencia negligencia; cuando el daño es a causa del desconocimiento de lo que debería saberse, la presunción culposa esta basada en la insuficiencia de experticie de la práctica médica. No obstante, se pueden dar casos de impericia, negligencia e imprudencia al mismo tiempo en el deber de cuidado que se exige a cada uno de los miembros de una sociedad.

El ejemplo de imprudencia médica más didáctico donde se pone de manifiesto un acto que se contrapone a la prudencia que observaría cualquier miembro de la sociedad, sería presentarse bajo la influencia de cualquier sustancia a intervenir en una cirugía, que le resta sus capacidades y sentidos frente a tan alta responsabilidad de realizar un procedimiento del que depende la vida del paciente.

---

63 **GUZMÁN MORA, Fernando:** La Lex Artis en medicina. http://usuarios.multimania.es/ liropeya/La_Lex_Artis_en_medicina.doc

Cuando se ocasiona daño debido a una acción imprudente, la responsabilidad puede imputarse a cualquiera de los niveles jerárquicos. Así, la culpa originada en imprudencia por parte del director del equipo, presume una responsabilidad que recae en el actor principal del daño. Aquella que parte de error no excusable de uno de los integrantes del equipo dependientes de su director, implica responsabilidad para ambos.

4.3. DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA

El vocablo negligencia tiene su origen en la acepción latína "NEGLIGO": descuido y NEC – LEGO: dejo pasar, se entiende como descuido a la omisión o falta de aplicación o diligencia, en la ejecución de un acto médico que debía realizarlo de la mejor manera, aplicando todos los conocimientos y las herramientas que tenga a su alcance para lograr el objetivo.

Esto es, la falta de atención durante la práctica médica. Puede entenderse como defecto de omisión o hacer menos de lo requerido, no hacer o hacer lo indebido. Es sinónimo negligencia el descuido u omisión es una manera pasiva de imprudencia y se sustenta en el olvido de precauciones básicas dispuestas por las leyes de prudencia, sin cuya observación se evitado la lesión. En este punto se encuentran muchas posibilidades, entre las que se circunscriben los registros incorrectos de las historias clínicas, el exeso confianza en la prosperidad esperada del proceso que hace que al médico descuide la observación pertienete y continua de su paciente, la encomienda o tralslado de responsabilidades propias del medico tratante al personal subalterno que no goza de la preparación suficiente o simplemente sin competencia.

En el caso médico, el medio para determinar la responsabilidad ha sido la negligencia, causante habitual de la culpa profesional. Puesto que el profesional médico está obligado a procurar todo el cuidado y la diligencia encaminada a la atención en beneficio de sus pacientes con la finalidad de obtener su curación.

El médico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. El médico debe actuar con prudencia, teniendo en cuenta los riesgos. Si ha procedido

con la corrección que el caso requiere, el fracaso involuntario no se le puede imputar. Su obligación es disponer de los medios adecuados para la consecución del fin. Cuando no llega el resultado apetecido, no obstante el esfuerzo, la diligencia, el cuidado y la prudencia prestada, ninguna culpa le es imputable y ninguna responsabilidad puede exigírsele.

La jurisprudencia colombiana se ha manifestado en contra del médico cuando este actúa con ligereza e ignorancia de las cosas que debe conocer (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia 14-03-42)

Al enfrentar una demanda, es normal que el médico proponga excepciones a las pretensiones del paciente demandante y quiera eximirse de responsabilidad, para lo cual la carga de la prueba recae sobre el paciente presuntamente afectado. De no poder probar la responsabilidad que endosa al demandado, este será absuelto, porque el principio del derecho probatorio prescribe: "Actore non probante, reus absolvitur".

Si el daño no se deriva de un contrato, la responsabilidad es extracontractual por el hecho jurídico que lo motivó. Por ejemplo: si en el transcurso de un procedimiento quirúrgico se afecta un órgano que no debía tocarse, o si explorando el abdomen se encontrare una anormalidad diferente a la que causare los síntomas de la patología que se trata, cuya intervención es por cuenta y riesgo del médico, sin consentimiento del paciente y como consecuencia de ello, se provoca una lesión en el paciente. En este caso habría que determinar si la intervención de dicha anomalía va en beneficio del paciente y en cumplimiento de su función como médico debió proceder para salvarle la vida, eso deberá probarse en los protocolos médicos utilizados durante la cirugía.

También aquí es el paciente el que debe demostrar que el daño si fue causado, que la culpa es del médico y que existe el nexo de causalidad entre la culpa del médico y el daño sufrido por el paciente.

Acorde con el artículo 6 del Código de Ética Médica Ecuatoriana que dice: “el Médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los

cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo."

A su vez el artículo 8 del mismo cuerpo legal obliga al médico a acudir a un llamado sin motivo de excusa, en los siguientes casos:

- Cuando no haya otro facultativo en la localidad en que ejerce su profesión;
- Cuando habitualmente es el médico de quien lo solicita; y,
- En los casos de suma urgencia o peligro inmediato para la vida del enfermo.

Sin embargo, un ininteligible artículo hace excusable la intervención del facultativo, frente al **"llamado sin motivo de excusa"**. En efecto, el Artículo 9 del Código de Ética Médica señala: "Se exceptúa de esta obligatoriedad cuando el médico está capacitado física y mental debidamente comprobado."

Es decir, acorde al texto legal del Código de Ética Médica podría darse el absurdo que "un médico capacitado física y mentalmente, debidamente comprobado, podría excusarse de esa obligación. O bien, si el error tipográfico nunca subsanado se refiriera a los incapacitados física y mentalmente, debidamente comprobados, podríamos concluir ¿quien certifica la incapacidad de un profesional que es el único en la región?, lógicamente otro, lejano al lugar y con varias horas o días posteriores a esta incapacidad y al eventual agravamiento o muerte de la persona que precisaba ser imperiosamente atendido en la emergencia.

CAPÍTULO V
LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS ECUATORIANAS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

La Ley de Derechos y Amparo al Paciente (R.O. Nº 626 suplemento, 03.02.1995) contempla claramente los derechos y obligaciones de los pacientes, por parte de los centros de salud, tales como hospitales, clínicas, institutos médicos, centros médicos, policlínicos y dispensarios médicos.

Destacan en el Capítulo II, los artículos 2 a 6 que contienen una serie de derechos que la propia ley se encarga de señalar y definir, tales como el derecho a una atención digna (artículo 2)**;** el Derecho a no ser discriminado (artículo 3)**;** el Derecho a la confidencialidad (artículo 4)**;** el Derecho a la información (artículo 5); el Derecho a decidir (artículo 6); destacándose asimismo en el artículo 8 del Capítulo III ibídem el Derecho a ser recibido inmediatamente en cualquier centro de salud, público o privado, en situaciones de emergencia sin necesidad de pago previo.

En concordancia con las normas anteriormente mencionadas, la Ley Orgánica de la Salud dispone en su Artículo 7 lo siguiente:

> *" Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: (…) d) Respeto a su dignidad, autonomía, privacidad e intimidad; a su cultura, sus prácticas y usos culturales; así como a sus derechos sexuales y reproductivos; e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna…"*

De igual manera el Código de Ética Médica del Ecuador (R.O. Nº 5 de 17.98.1992) dispone en su artículo 15 que:

> *"El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que esté de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos la autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones".*

El artículo 16 ibidem, refiriéndose a los procedimientos de diagnóstico o terapéutica dispone:

> " *Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente."*

Dentro de las normas deontológicas destaca en forma loable el Capítulo IV del Código de Ética Médica, en los artículos 25 a 28, que se refieren ampliamente a que el médico tiene la obligación legal y ética de respetar los principios de derechos humanos, disposición que se ajusta plenamente a la Constitución de la República que, en su artículo 362 contempla a la atención de salud como servicio público que se presta a través de las instituciones del Estado, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas alternativas y complementarias, añadiendo, considerando que los servicios de salud deben ser brindados de forma segura, cálida, eficiente y eficaz y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de los pacientes.

La importancia que se considere "Servicio Público" a la atención de salud incluso a las entidades privadas, autónomas y comunitarias, les impone de acuerdo al artículo 426 del texto constitucional, la obligación de aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las

establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, siendo los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación, lo que implica una protección absoluta a los habitantes de la República en lo que dice relación con su derecho a la salud garantizado por el Estado, conforme dispone el artículo 32 de la Carta Fundamental.

Frente a todas estas garantías contempladas y la supremacía constitucional, es obligatorio para quienes administran justicia, aplicar la Constitución y la ley, por lo que tener aprehensiones respecto a peritajes que deban efectuar profesionales médicos a sus colegas es inadecuado, cuando se señala que regiría el deber de confraternidad consagrado en el artículo 29 del Código de Ética Médica, es decir, la defensa de la profesión por sobre la defensa del ser humano, pudiendo afirmar al respecto que los casos de negligencias, impericias o imprudencias médicas son los mínimos y destacando que debido al nuevo proceso penal, que sirve de modelo a varias naciones del continente americano, existe la marcada tendencia a que los casos de responsabilidad penal culposa sean tratados en un procedimiento abreviado, llegando incluso a su conocimiento por jueces civiles, siendo el fin primordial la reparación del daño causado.

En todo caso, debido al profesionalismo de nuestros magistrados, es imperioso dictar las normas correspondientes respecto de la responsabilidad médica, evitándose la distinta normativa que rige a los profesionales médicos que son funcionarios públicos, como a los médicos privados, ya que con una adecuada normativa, se evitará, como ha acontecido en otros países, la multiplicación de estudios jurídicos que sin escrúpulos buscan el lucro a costa de demandas en contra de los profesionales de la salud.

CAPÍTULO VI
REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

En nuestro Código Civil se establecen dos fuentes de origen de las obligaciones, estas son el negocio jurídico, que se lo conoce como acto jurídico; y, los hechos jurídicos, que son las generadoras de la responsabilidad civil contractual y extracontractual a las que me referí anteriormente, es importante recalcar que la responsabilidad contractual se entiende como la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato y a la responsabilidad extracontractual es cuando se supone haber causado un daño a otra persona por haber incumplido el deber general de no incurrir en un comportamiento lesivo para los demás.

El civilista argentino Dr. Jorge Bustamante Alsina, en su obra "Teoría General de la Responsablidad Civil", al referirse al daño, sostiene que éste significa:

> "el menoscabo que se experimente en el patrimonio por el detrimento de los valores que no componen (daño patrimonial) y también es lesión a los sentimientos, al honor y a las afecciones legìtimas (daño moral)"[64]

Sin perjuicio de la tendencia doctrinaria mundial a unificar estas responsabilidades, ya que el fin primordial radica en la reparación del daño, aún en nuestro ordenamiento estas responsabilidades son tratadas en forma diferente en lo que dice relación con la prueba, ya que mientras en materia contractual, de conformidad al inciso penúltimo del artículo 1563 del Código Civil que dice: "prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; en materia extracontractual es el que ha sufrido el perjuicio quien debe probar que quien causó el daño obró indebidamente."

---

64 **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge:** Teoría General de la Responsablidad Civil, Buenos Aires, Argentina, 9ª Ed., ampliada y actualizada. Editorial Abeledo-Perrot, 1997, pág.124

En los dos tipos de responsabilidad prima la responsabilidad subjetiva, ya que debe probarse o que se ha obrado sin culpa, o porbar, cuando corresponde que el que causó el daño obró en forma imprudente o negligente, teorías que en la doctrina moderna se baten en retirada, porque ya no se pone énfasis en el reproche del culpable, sino que en el respecto por la víctima.

En consecuencia, en materia privada, rigen en plenitud las normas civiles napoleónicas cuyo requisito esencial es, en materia extracontractual, que se determine la culpa del causante del daño para tener derecho a reparación civil y moral.

Es así que la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, puede ser subjetiva u objetiva. Es subjetiva, la que se funda en el dolo o en la culpa de una persona. Es objetiva la que se funda en el riesgo; pero en materia privada predomina en nuestro sistema la responsabilidad subjetiva, en cuya virtud es imprescindible el establecimiento de la culpa del profesional médico para determinar si actuó con negligencia o imprudencia causando daño a su paciente.

En materia penal, no puede aplicarse la responsabilidad objetiva porque ello se opone al principio de inocencia, el cual expresamente se consagra en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución de la República, que señala:

"Artículo 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

> *2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada."*

El principio de presunción de inocencia en el que se sostiene la decisión de los juzgadores de absolver al justiciable cuando no se pruebe plenamente su culpabilidad, también tiene antecedentes históricos remotos como el *Digesto,* al prescribir: *Nocetem absolvere satius estquam*

inocentem damniri (Decio): “es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente”.[65]

El pensamiento penal ilustrado que acoge dicho principio tiene origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, producto de los visionarios librepensadores francmasónicos franceses inspiradores juntos con los líderes, también librepensadores de la independencia americana, de nuestro proceso independenstista; documento donde se enfatiza que debe considerarse inocente al acusado hasta en tanto exista sentencia ejecutoriada que declare una razón diversa. Así, se excluye la presunción de culpabilidad que durante tanto tiempo condenó a hombres inocentes bajo procedimientos inquisitorios secretos, caracterizados por la ausencia absoluta de la garantía de audiencia y del derecho de defensa, que significaron uno de los pasajes más oscuros de la historia de la humanidad, que hace palidecer, con sus aterradores abusos, las barbaridades de las hordas hitlerianas o stalinistas de la 2da Guerra Mundial.

Pero volviendo al tema de la responsabilidad objetiva, ésta prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad; atiende única y exclusivamente al daño producido: basta éste para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte, lo que se contempla expresamente en el Artículo 11 Nº 9 de la Constitución de la República.

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto en nuestro ordenamiento jurídico existen varias normas que regulan en forma diferente la clase de responsabilidad de quien causa un daño.

La responsabilidad civil es, en términos generales “el deber de dar cuenta a otro del daño que se ha causado”. Cuando dicha reparación consiste en una indemnización o resarcimiento de carácter económico, es decir, de resarcir los daños y estamos en presencia de lo que se conoce como responsabilidad civil.

---

[65] **ROMERO ARIAS, Esteban: La** presunción de inocencia. Estudio de algunas consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental, Aranzandi, Pamplona, España,1985, pág. 18

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua indemnizar es resarcir de un daño o perjuicio[66] .

Indemnización significa resarcimiento económico por el daño que ha sufrido una persona, en razón de que el que paga, le ha causado un daño voluntaria o involuntariamente, o ha dejado de hacer lo que la ley disponía efectuar o realizar[67].

Dentro del vocablo "indemnización" de acuerdo al artículo 1572 de nuestro Código Civil, en el vocablo daño se comprende el daño emergente y el lucro cesante que, en otras palabras, abarcan las dos formas posibles de la disminución del patrimonio, causadas, por el incumplimiento del contrato o por la culpa del causante del daño.

La institución de la indemnización cubre un amplio espectro en materia de cumplimiento de obligaciones tanto contractuales como extracontractuales, siendo una responsabilidad contractual la existente en el caso subjúdice.

La función que cumple la indemnización es netamente reparatoria. Se la entiende como una práctica jurídica que persigue el resarcimiento de un daño que tuvo que soportar el paciente y de ser posible el restablecimiento de la situación de la que gozaba antes de soportar un injusto daño al que nunca estuvo obligado a soportar de forma pasiva.

> " *el ordenamiento jurídico busca a través de la indemnización restaurar el interés humano contra el que se ha atentado. Persigue un propósito de igualación: restablecer el equilibrio patrimonial, "quitar el daño", neutralizando el pasivo injustamente producido por la víctima y desplazándolo hacia el responsable..."*.[68]

---

66 **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española,** 21ª Edición, Madrid, 1992, página 817

67 **GUZMAN LARA, Aníbal:** Diccionario explicativo del Derecho del Trabajo en el Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, Vol 3, 1986, pág 16

68 **STIGLITZ, Gabriel** y **ECHEVESTI, Carlos:** La determinación de la indemnización, Capítulo XIV de la obra "Responsabilidad Civil", Editorial Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 2ª reimpresión, mayo de 1997, página 289.

En consecuencia, el fundamento de la indemnización: reside en un imperativo de justicia, ya que en este caso, el contratante diligente sufriría agravio si no quedara restituido al estado anterior al daño que se le causó producto del incumplimiento del contrato. De este modo, se trata de remediar la inejecución del deudor, para que la conducta indebida de éste no se traduzca en desmedro de los bienes del acreedor.

El gran civilista francés Marcel Planiol, al referirse a la reparación del daño causado señala expresamente que no interesa la artificial diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual por las siguientes razones:

> "*la responsabilidad, contractual como la extracontractual, son idénticas, porque ambas crean una obligación, cual es reparar el daño causado, ambas suponen una obligación anterior, que en la responsabilidad contractual nacería del contrato y en la responsabilidad delictual o cuasidelictual, de la ley, y en ambas la culpa está constituida por un mismo hecho, la violación de esta obligación".* [69]

Conforme se puede apreciar, la indemnización de daños y perjuicios es, en otras palabras, la evaluación en dinero de la totalidad del daño resarcible, que el responsable debe satisfacer a favor del damnificado. Con esa indemnización queda remediado el desequilibrio de orden jurídico provocado por el incumplimiento de la obligación, y restablecido el acreedor a la situación patrimonial que debió tener de no haber obstado a ello el hecho imputado al responsable. En consecuencia, con estos criterios doctrinarios puede advertirse que la indemnización tiene un amplio espectro en materia de responsabilidad médica, cubriendo los daños físicos, los daños materiales o patrimoniales y los daños morales, porque como se deduce de lo que sostuvieron los autores invocados la responsabilidad civil no tiene la finalidad de sancionar a nadie, si no simplemente determinar si la persona demandada debe compensar económicamente a quien haya sufrido algún tipo de daño, ya que las sanciones y castigos como la privación de la libertad y las multas son, en principio, cuestión privativa de la responsabilidad penal.

---

[69] **PLANIOL, Marcel:** Traité Élémentaire de Droit Civil, tomo II, 10ª Edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente", Paris, 1926, pàgs 304 y 305, citado por Arturo Alessandri Rodríguez en su obra: "De la Responsabilidad Extra – Contractual en el Derecho Civil Chileno, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Jurídica Ediar – Cono – Sur Ltda., Santiago de chile, 1983, página 43.

6.1. Clases de daños

En lo que dice relación con el daño, puede sostenerse que es toda ofensa, lesión, menoscabo o disminución ocasionados a una persona, ya en sí misma (daños físicos conocidos también como materiales), en sus bienes materiales (daño material) o en sus sentimientos (daño moral).

6.1.1. Daño material

Este daño hace referencia en general, a todo perjuicio, daño, afectación patrimonial de una persona.

Existe la necesidad de establecer la cuantía del daño patrimonial, que tiene por finalidad conocer de la manera más precisa cuanto debe pagar el profesional de la salud, por el daño causado por dolo o culpa, de manera extracontractual o frente a un incumplimiento derivado de un contrato.

De este modo, según los juristas argentinos Dres. Juan Carlos Boragina y Jorge Alfredo Meza:

> *"... el daño se perfilaría como un detrimento que sufre la persona en sus bienes vitales o en su patrimonio. Ello así, y dado que el Código Civil únicamente reconoce dos categorías de daños, patrimonial, y moral, para esta postura habrá daño patrimonial cuando el menoscabo se produzca sobre bienes susceptibles de apreciación económica y daño moral cuando se afecten bienes que tienen para la persona un valor precipuo*".[70]

El daño material o patrimonial está compuesto por: el daño emergente, es decir, por el perjuicio concreto sufrido en la persona y/o sus bienes y el lucro cesante, que en otras palabras es aquello dejado de percibir como consecuencia del daño sufrido. La determinación del daño

[70] **BORAGINA Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo:** Algunas reflexiones en torno al daño en el Derecho argentino. Revista Jurìdica UCES, Buenos Aires, Argentina. 2002, Pág 33.

patrimonial tiene por finalidad acotar la extensión de la indemnización de perjuicios a que un daño imputable de origen.

Es muy importante destacar que la indemnización de perjuicios busca reparar el daño sufrido, tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero en ningún caso puede convertirse en una instancia de lucro para el afectado. El daño, en consecuencia, siempre debe ser cierto exigiéndose cautela al momento de demandar indemnización de perjuicios, en orden a acreditar de manera sólida aquellas partidas que se cobran, ya que se indemnizarán sólo aquellos daños acreditados.

6.1.2. Daño moral

La doctrina comunmente define al daño moral en una forma excluyente, como contraposición al daño material o patrimonial, por esta razón los juristas franceses, los hermanos Henry y León Mazeaud y André Tunc, señalan que: "el daño moral es el que no tiene relación de modo alguno con el patrimonio, y causa tan solo un dolor moral a la víctima" .[71]

De igual forma el jurista brasileño, Dr Wilson Mello da Silva, define los daños morales como:

> "*las lesiones sufridas por el sujeto físico o persona natural de derecho en su patrimônio ideal, entendiéndose por patrimonio ideal, en contraposición al patrimonio material, el conjunto de todo aquielllo que no es susceptible de valor económico*".[72]

---

71 **MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André**.: Tratado "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires, Argentina, Traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Editorial Juridica Europa – América (EJEA) Volumen I, 1961**,** pág. 424.

72 **MELLO DA SILVA, Wilson:** El Daño Moral y a su Reparación. Río de Janeiro, Brasil, 3ª ed. Revisada y ampliada, Editora Forense, 1999, nº 1.

En cuanto al daño moral, persigue la reparación de los padecimientos anímicos sufridos en ocasión de un determinado acontecimiento, no pudiéndose considerar identificable con el daño psíquico o psicológico, que deviene por lo sucedido.

Los daños patrimoniales se producen aislados de los morales y viceversa, a pesar de poder ser generados o derivados de un mismo hecho, son absolutamente autónomos. El juzgador no puede dirimir en su resolución, el monto de la indemnización del daño moral razonando en virtud de la indemnización concedida por un perjuicio patrimonial o por la relevancia del acto antijurídico, como tampoco puede no dar lugar al resarcimiento del daño moral en razón de haber otorgado la indemnización por los perjuicios patrimoniales habidos, claro es lo que dispone el artículo 2234 del Código Civil que independiza ambas indemnizaciones.

En lo que respecta a los daños patrimoniales, entre el daño emergente y el lucro cesante existe una separación marcada por el tiempo, ya que al momento de ocurrir el evento dañoso se produce un daño emergente el cual afecta un interés actual, pero además puede provenir a consecuencia de ese daño originario, un lucro cesante que afectaría intereses futuros del perjudicado.

La revalorización de la persona trajo aparejada una mayor sensibilidad en la captación de los daños injustos que la afectan. La reparación del daño moral hoy dia constituye un resarcimiento y se ha superado la idea que se tenía de lo que significa la pena.

Mientras que en el daño patrimonial, según expresa el jurista la valuación se realiza mediante una relación de equivalencia y proporción entre el daño ocasionado y la consiguiente reparación, la cual ingresa en lugar del perjuicio, en el daño no patrimonial la indemnización se fija sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquel en la magnitud de ésta, que se coloca a su lado.

Finalmente, puede sostenerse que el daño moral constituye una figura importante y relevante en el derecho civil con una amplia importancia en materia extracontractual y creciente en la responsabilidad contractual. Asimismo, existe acuerdo en la doctrina que las reparaciones de-

ben efectuarse en todo caso que se haya causado el daño debidamente acreditado y condenado a su pago, sin embargo no existen criterios únicos para fijar el equivalente dinerario del perjuicio moral sufrido por la víctima o sus familiares.

Originalmente, a la época de dictarse el Código Civil no se trataba en este cuerpo normativo el denominado "daño moral". Fue un 27 de febrero de 1984 que el entonces diputado, doctor Gil Barragán Romero envió al Presidente del Congreso Nacional el proyecto de "Ley sobre la reparación de daños morales", en cuya exposición de motivos, según expresa el Dr. Ricardo Noboa Bejarano, texto que por su importancia he decidido incorporar para esta investigación y respecto del cual podían leerse los siguientes criterios:

"*Toda indemnización de perjuicios considera la existencia de daños materiales que se hubieren producido; sin embargo, numerosas situaciones de la vida provocan daños morales que, conforme a nuestra legislación quedan sin lugar a indemnización".*[73]

Por lo que la motivación legal de la Ley 171, es que se incorporen normas que permitan sancionar ese tipo de casos, incluyendo dentro de la normativa nacional, artículos que vayan conforme la línea constitucional, que es el respeto a los derechos de los ciudadanos.

Conforme lo expuesto se insertó la normativa por medio de la Ley Nº 171 publicada en el Registro Oficial # 779, de de Julio de 1984 una serie de normas inicialmente conocidas como Arts. 2258.1 (hoy 2232), 2258.2 (hoy 2233), 2258.3 (hoy 2234):

> ***"Artículo 2232.- (Ex 2258.1).- [Demanda de indemnización].-*** *En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.*
>
> *Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen de-*

[73] **NOBOA BEJARANO, Ricardo**: El Daño Moral en la legislación ecuatoriana. Revista Jurídica Online Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas | Universidad Católica de Guayaquil – Ecuador. Págs. 44 a 46. www.revistajuridicaonline.com/index.php (acceso 22.20.2009).

tenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."

El concepto de daño moral, iniciativa del Dr. Gil Barragán Romero, según señala el Dr. José García Falconí, no presupone un juicio penal previo, cuando expresa:

"*Conforme se ha señalado en varias sentencias dictadas en esta clase de acciones, ni en el Artículo 2258 del Código Civil, ni en ninguno de los artículos innumerados de la Ley 171 (hoy Arts. 2232 a 2234), se dispone que se puede demandar la indemnización civil por daño moral solamente si ha precedido juicio penal, en que se declare probada legalmente la existencia del delito o del cuasidelito; por tal acción civil para obtener la indemnización por daño moral. Es independiente y no está sujeta al previo ejercicio de la acción penal, pues no hay prejudicialidad, ya que de haberla querido el legislador lo hubiera indicado expresamente, así lo señala el tratadista Alessandri Rodríguez en su obra ¨De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno¨, lo cual ha sido confirmada por varias sentencias de las Salas de lo Civil de la Exma. Corte Suprema de Justicia, más aún en el último artículo sin número de la Ley 171 que dice «Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte y de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes»¨.*[74]

El Código Civil ecuatoriano, se refiere al antiguo concepto de "daño moral", el cual es sinónimo de dolor, ya que tradicionalmente, desde un punto de vista clásico, el daño moral se define como el precio del dolor, pues hace referencia al sufrimiento que experimenta o padece una persona se refiere en general a una afectación de los sentimientos.

---

[74] **GARCÍA FALCONÍ, José:** La prueba del Daño Moral y cómo se fija el monto de la indemnización. Revista Judicial Diario La Hora, **www.derechoecuador.com** (acceso 22.10.2009)

Sin embargo, la doctrina moderna del derecho civil, prefiere no calificar al daño moral como el precio del dolor. Porque en realidad el precio del dolor es sólo un tipo o especie de daño moral. En términos generales en la doctrina moderna del derecho civil, define el daño extra-patrimonal como a la afectación de los derechos de la personalidad. Entendiendo por tal, a la integridad física o psíquica, al honor, a la fama, a la imagen, a la salud por ejemplo. Se pretende un concepto bastante más amplio que el de simplemente dolor.

La expresión "daño moral" en si, constituye un concepto jurídico que no describe un significado en particular, deja más bien a la luz la multiplicidad o diversidad de probabilidades de lesiones y consecuencias de las mismas, daños que como se señaló anteriormente, deberá probarse dentro de la subjetividad que esto encuadra y que deja al juzgador la capacidad de determinar el grado de afectación al paciente a su nombre o a lo que dejó de percibir el afectado por el supuesto daño causado; sin embargo, frente al supuesto daño es donde se debe cuantificar lo que se debe indemnizar.

En este sentido y como señala Barros: "Lo cierto es que el término ‘daño moral´ tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daños a que se hace referencia. En efecto, la idea de un daño ‘moral´ alude correctamente a la lesión de bienes como el honor y la privacidad, pero solo imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como, por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida".[75]

Sin embargo, a falta de elementos cuantitativos que sirvan de base para la determinación del monto indemnizatorio, debe quedar ello reservado a la prudente valoración del juzgador en atención a las circunstancias de la causa.

Lo anterior porque la doctrina en materia de indemnización del daño extra patrimonial está dividida, ya que una primera posición estima que el daño extra patrimonial no es susceptible de valoración alguna.

---

[75] **BARROS, Enrique**: Tratado de Responsabilidad Extracontractual Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006 pág. 231.

Esta posición de hizo presente en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de la República de Chile del año 2006, en la cual se hizo presente jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, que estableció que:

> "El daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo y por lo tanto la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado". [76]

Según exponen los Dres. Hugo Cárdenas Villarreal y Paulina González Vergara: "*Como puede verse, la jurisprudencia partiendo y tomando como base de su argumentación un concepto "primitivo" de daño motal (1o identifica con el dolor subjetivo), llega a la conclusión de que se tratarìa de una materia entregada competamente al arbitrio de los jueces de1 fondo. Estos, determinarían su existencia y monto de maneta discrecional, sin necesidad de fundamentar sus decisiorres en la rnateria sin que exista la posibilidad de que tales decisiones sean revisada por los tribunales superiores*".[77]

Recientemente una segunda via jurisprudencial, en principio exigiría la prueba del daño moral, pero, ello llevó a la misma solución que la anterior.

Lo anterior no puede ser posible atendido al principio del debido proceso y el principio de motivación de las sentencias, pues los jueces deben siempre atenerse a los hechos alegados por las partes y respecto de los cuales hayan rendido prueba, lo que llevó a la Corte Suprema de Chile a rechazar esa posición doctrinaria cuando manifestó: "Que, al no estar acreditados los perjuicios reclamados ni la necesaria relación causal entre el acto que se impugnó y el presun-

---

[76] **REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**, Tomo LXXXI, secc. 2ª, 1984, pág. 121

[77] **CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo** y **GONZÁLEZ VERGARA, Paulina:** Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización. Ponencia presentada en las cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Olmué, Chile, 2006). Revista Facultad de Derecho y Ciencias Polìticas, Medellçin, Colombia, Enero – Junio 2007, Vol. 37 Nº 106, pág. 216.

todaño reclamado, no ha nacido para el actor el derecho a ser resarcido ni la obligación de la demandada de responder por la actuación imputada".[78]

La otra posición doctrinaria es la prueba del daño extra patrimonial, pero como señalan los Dres. Cárdenas y González: "Resultaría temerario intentar aquí darle cabal forma a una teoría de la prueba del daño moral…debe requerirse que la misma ha de ser pertinente y útil: respecto de las artes, ellas tendrán que presentar aqeullas que correspondan; respecto del juez, éste solo deberá aceptar y otorgar valor a aquellas que tengan eficacia probatoria".[79]

[78] **CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DE CHILE:** Sentencia de 09 de noviembre de 2004, causa Rol Nº 228-03, citada por **CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo** y **GONZÁLEZ VERGARA, Paulina:** Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización. Ponencia presentada en las cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Olmué, Chile, 2006). Revista Facultad de Derecho y Ciencias Polìticas, Medellçin, Colombia, Enero – Junio 2007, Vol. 37 Nº 106, pág. 222.

[79] ***CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo*** *y* ***GONZÁLEZ VERGARA, Paulina:*** *Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización. Ponencia presentada en las cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Olmué, Chile, 2006). Revista Facultad de Derecho y Ciencias Polìticas, Medellçin, Colombia, Enero – Junio 2007, Vol. 37 Nº 106, pág. 229*

CONCLUSIONES

1. Existen graves falencias en nuestro ordenamiento jurídico, el cual, con una Constitución, podría decirse progresista, estableció una serie de derechos constitucionales en el papel, ya que si atendemos a la responsabilidad civil privada, éste se rige por las normas civiles del Código de la materia, que se sustenta en principios del Siglo XIX que atienden a la responsabilidad subjetiva, mientras tanto, en materia constitucional se establece una responsabilidad objetiva del Estado y sus servidores.

2. En lo relacionado con las víctimas de un error médico, se encuentran en un plano similar a lo que señala el gran jurista argentino Dr. Eugenio Zaffaroni, ya que: "el gran personaje olvidado del Derecho Penal es la víctima, la cual no es una construcción mediática sino el ser humano concreto que rara vez se conoce en los medios y cuyo interés debe ser privilegiado a la hora de resolver la pena. Contra lo que usualmente se pretende el discurso único, la víctima, pasado el primer momento de indignación, y especialmente en delitos contra la propiedad y en los cometidos en el ámbito familiar, «dista mucho de responder al estereotipo degradado de un ser sediento de venganza e insaciable en su exigencia de reparación». La víctima puede ser cualquier habitante, tan o más racional y razonable que los jueces y los doctrinarios, al que le asiste, ante todo, un derecho a la reparación, que la pena nunca debe obstaculizar, sino, por el contrario, debe facilitar". [80] Basta apreciar, como se expuso al principio de esta investigación el escuálido presupuesto con que se cuenta para el tratamiento de las víctimas de delitos.

3. Queda la duda acerca si por los centros privados de salud, a los que el Estado califica "como servicio público", conllevan la responsabilidad objetiva del Estado, conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, materia

---

[80] **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**: Manual de Derecho Penal. Parte General, 2ª Edición, Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2006, pág. 775.

que no ha sido dilucidada por la Corte Constitucional encargada de interpretar la Constitución, quedando la duda si los tribunales acogerán una acción en contra del Estado cuando el error exista en un centro privado de salud.

4. En efecto, si a un Centro Privado que actúa como servicio público, se le calificará de tal, habría una modificación tácita de la responsabilidad, ya que se trataría de un delegatario del Estado, pudiendo demandar al Estado que es objetivamente responsable, para que repita contra el Centro Privado de Salud. Puede advertirse, en consecuencia, que existen tres sistemas de responsabilidad civil en el Ecuador, como lo son la responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual, las cuales obedecen a la teoría de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva, que no está delimitada.

a) El sistema actualmente existente en el Código Civil brasileño permite privilegiar el aspecto social de la reparación del daño mediante la responsabilida sin culpa, haciendo consecuente al Estado con las normas constitucionales, lo contrario es tener una carta fundamental de mera ostentación pública en donde los derechos no tiene ninguna posibilidad de ser correctamente ejercidos, siendo primordial el papel de la justicia penal frente a los ilícitos culposos, que privilegie la reparación del daño.
b) Respecto del sistema de inadecuada administración de justicia contemplado en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, no es más que una reiteración de las normas constitucionales, tales como las existentes en el artículo 20 de la Constitución de 1998 y numeral 9 del Artículo 11 de la Constitución del 2008, necesario es ver la ineficacia de estas normas que han llevado al Ecuador a ser reiteradamene condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[81]

[81] **CASO DANIEL TIBI V/s ECUADOR**: condena al Ecuador por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde el Estado tuvo que pagar a Daniel Tibi la cantidad total de la cantidad total de €148.715,00 (ciento cuarenta y ocho mil setecientos quince euros) por concepto de indemnización de daño material €207.123,00 (doscientos siete mil ciento veintitrés euros), por concepto de indemnización del daño inmaterial. la cantidad total de €148.715,00 (ciento cuarenta y ocho milsetecientos quince euros) por concepto de indemnización de daño material. El Sr Tibi permaneció bajo detención preventiva, en forma ininterrumpida, en centros de detención ecuatorianos, desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998, al recobrar su libertad, después de ser torturado y robársele todos sus bienes por parte de agentes del Estado quienes

c) Respecto del caso Tibi anteriormente señalado, si bien el Código Orgánico de la Función Judicial es reciente y los artículos 33 y 34 tratan, el primero el pago de indemnizaciones por parte del Estado y su derecho a repetición, son tan insuficientes y escuálidas las indemnizaciones que las víctimas deben recurrir a la justicia internacional para obtener indemnizaciones razonables; el segundo artículo trata de la responsabilidad subjetiva de jueces, fiscales y defensores públicos. Aún no se sabe qué sanciones y cómo el Estado repitió en contra de los funcionarios que cometieron todas esas violaciones a los derechos humanos.

d) Si bien se encuentra regulada en el numeral 9 del artículo 11 la responsabilidad objetiva del Estado, es necesario establecer un sistema adecuado de cuantificación de los daños sufridos por las víctimas, ya que las normas son absolutamente favorables el Estado y contrarias a toda clase de víctimas, las cuales además no pueden ser tratadas como tales según establece el artículo 198 de la Constitución, porque en un país de casi 15.000.000 de habitantes, el presupuesto para tratar las víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal es de USD 94.000.- anuales, es decir, se destina USD 0,0062666 por habitante, o si se atiende a las víctimas atendidas a la fecha del informe que arrojó una cantidad 1.453 protegidos por este programa, USD. 65 dólares por persona, sin deducir los gastos operacionales de la serie de comités y autoridades que contempla el programa.

e) Procede, en consecuencia, establecer la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad médica con parámetros realistas y no con normas constitucionales que establecen derechos, pero que no se reglamentan adecuadamente, ya que el más grave defecto ecuatoriano es creer en la omnipotencia de la ley, es decir, que las normas van a ser la solución a todos los problemas nacionales, y vemos que este

---

desvalijaron su departamento, presentaba el siguiente estado**: graves daños físicos, entre los cuales están: pérdida de la capacidad auditiva de un oído, problemas de visión en el ojo izquierdo, fractura del tabique nasal, lesión en el pómulo izquierdo, cicatrices de quemaduras en el cuerpo, costillas rotas, dientes rotos y deteriorados, problemas sanguíneos, hernia discales e inguinales, remoción de maxilar, contrajo o se agravó la hepatitis C, y cáncer, llamado linfoma digestivo**.

no es el camino, sin los mecanismos adecuados de implementación, estas se quedan en la retórica sin sustento real que haga efectivo el ejercicio cabal de los derechos humanos de los afectados.

BIBLIOGRAFÍA

1. **AGREST, Alberto:** "El conocimiento y el Error Médico". Disponible en http://www.errorenmedicina.anm.edu.ar Abril 2006. CIE. Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires, Argentina.

2. **ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo**: De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1943, Nº 1

3. **ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo:** Teoría de las Obligaciones, Santiago de Chile, 3ª Ed., Editorial Nascimento, 1939.

4. **AUBRY, Federico Carlos y RAU, Carlos:** Cours de Droit civil français, cit. t. IV, Paris, 1871, págs. 314 y 512, citado por Mariano Yzquierdo Tolsada en su obra: "Responsabilidad civil de abogados y procuradores. el *quid*, pero sobre todo el *quantum"* versión html del archivo http://www.asociacionabogadosrcs.org/antig /congreso/4c ongreso/ ponencias/Ponencia%20 de%20 Mariano%20 Yzquierdo.pdf

5. **BADOSA COLL, Ferrán**: La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil., Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.

6. **BARROS, Enrique**: Tratado de Responsabilidad Extracontractual Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006

7. **BOFILL NONELL, Simón**: Deberes que el médico tiene contraídos con la humanidad. Universidad Central de Madrid, Imprenta de Zacarías Soler, Madrid, España, 1861.

8. **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge**: Teoría General de la Responsabilidad Civil. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1973.

9. **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge:** Teoría General de la Responsablidad Civil, Buenos Aires, Argentina, 9ª Ed., ampliada y actualizada. Editorial Abeledo-Perrot, 1997.

10. **CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo** y **GONZÁLEZ VERGARA, Paulina:** Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización. Ponencia presentada en las cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Olmué, Chile, 2006). Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellçin, Colombia, Enero – Junio 2007, Vol. 37 Nº 106, pág. 216.

11. **COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. MÉXICO**. Manual para la Calificación de hechos violatorios de los Derechos Humanos. www.**cndh**. org.mx/cenadeh/bibliot/ biblio2.asp?

12. **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:** Caso Daniel Tibi contra República del Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. www.corteidh.or.cr/docs/**caso**s/articulos/seriec_114_esp.pdf

13. **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**: Sentencia C-159 de febrero de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, Colombia, 2004. www.cntv.org.co/.../**cc**_sc.../**2004**/**c-159_2004**.html

14. **CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA:** "Fallos", 322-1402; y sus citas, 306-2030 y 317-1921. www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2004/09-08/c86949.doc.

15. **CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DE CHILE: REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**, Editorial Jurìdica de Chile, Tomo LXXXI, secc. 2ª, 1984.

16. **CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DE CHILE:** Sentencia de 09 de noviembre de 2004, causa Rol Nº 228-03, citada por **CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo** y **GONZÁLEZ VERGARA, Paulina:** Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización. Ponencia presentada en las cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Olmué, Chile, 2006). Revista Facultad de Derecho y Ciencias

Polìticas, Medellín, Colombia, Enero – Junio 2007, Vol. 37 Nº 106.

17. **DA SILVA PEREIRA, Caio Mário** Tácito: Responsabilidad Civil. Rio de Janeiro, Brasil Ed. Forense, 1989.

18. **DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos**. Aspectos históricos de la responsabilidade civil médica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288>.

19. **DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo:** El contrato de atención médica. Revista chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de DerechoVolumen 16, Santiago, Chile, 1989, págs. 11 y 12. https://www.u-cursos.cl/ derecho/2010/1/D123T07155/17/.../54399

20. **DE LOS REYES CUESTA, Carlos Fernando:** Demandas por mala práctica médica en el Ecuador. ¿Mito o Realidad?, saludvital.ec/index.php?.demandas-por-mala-practica-med

21. **DIARIO EL TELÉGRAFO DE GUAYAQUIL**: Tomado de la edición impresa del 21 de febrero del 2009.

22. **DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA,** 21ª Edición, Madrid, 1992.

23. **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis**. Derecho de Daños, Civitas Ediciones S.L. 1ª Edición 1999, Madrid España.

24. **DONFRANCESCO, Alberto; ILARI, Ilaria y PESSOLANO, Rosanna**: "Errores que enseñan". Libro de Ponencias 58 Congreso Asociación Española de Pediatría 4 -6 de junio de 2009, Zaragoza, España, 2009.

25. **DO PICO, Juan Carlos y DO PICO**, Carlos: Cirugía y mala praxis. Revista de la Asociación Médica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2002, www.ama-med.org.ar/

publicaciones_ revistas3.asp?..

26. **DIREITO, Carlos Augusto**. "Responsabilidade médica nas cirurgias estéticas", in www.solar. com.br/~ amatra/carlosgustavo_1.html.

27. **ENCINA, Ricardo:** Tipos de responsabilidad que afectan el ejercicio profesional de los médicos cirujanos. web.usach. cl/clinicayciencia/num1/TiposResponsabilidad.PDF

28. **FIORENTINO, Jorge Arturo:** Los desconocidos deberes y obligaciones de los pacientes. Esta es la versión html del archivo http://www.samct.org.ar/comites /pediatr/deberes.doc

29. **FIUZA, César**: Derecho Civil: Curso completo. 9ª ed. Revisada, actualizada y ampliada. Belo Horizonte, Brasil Ed. Del Rey, 2006.

30. **GARCÍA FALCONÍ, José:** La prueba del Daño Moral y cómo se fija el monto de la indemnización. Revista Judicial Diario La Hora, www.derechoecuador.com

31. **GORDILLO, Agustín:** Tratado de Derecho Administativo. De la defensa del usuario y del administrado. 1ª edición colombiana 1998, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurìdica DIKE, Medellín, Colombia, citado por Yolanda Margaux Guerra y Jairo Castro Ardila en: Diversas formas de la Responsabilidad del Estado por la Actividad Administrativa. Revista Diálogos de Saberes Nº 26, Enero – Junio 2007.

32. **GUZMAN LARA, Aníbal:** Diccionario explicativo del Derecho del Trabajo en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, Vol 3, Quito 1986.

33. **GUZMÁN MORA, Fernando:** La Lex Artis en medicina. http://usuarios. multimania.es/ liropeya/La_Lex_Artis_en_medicina.doc

34. **HARGER, Marcio Roberto:** La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente. http://advocacia.pasold.adv.br/artigos/arquivos/naturezajuridicadarelacaomedicopaciente.doc

35. **HUNGRÍA HOFFBAUER, Nelson**: Comentarios al Código Penal, Ed. Forense, volume I, tomo II, 6ª ed., Río de Janeiro, 1983.

36. **JIMENEZ DE ASÚA, Luis:** Tratado de Derecho Penal, Tomo III "El Delito", Buenos Aires, Argentina Ediciones Losada S.A., 5ª Edición, 1992.

37. **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída:** Los dilemas de la responsabilidad civil. Conferencia pronunciada en la Sala de Honor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, mayo 2001. Revista Chilena de Derecho, Volumen 28, Nº 4, Sección Estudios, Santiago de Chile, 2001.

38. **KVITKO, Luis Alberto:** Jurisprudencia General, t. VIII, p. 295, citada en Responsabilidad médica. Obligación de resultado en el ejercicio de determinadas especialidades. Suplemento de Derecho Médico Universidad de la República, Uruguay, no precisa fecha. www.elderecho digital.com. uy/smu/.../doctri.html.

39. **LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso**: El contrato de atención médica, Naturaleza Jurídica. Revista de Derecho Privado, Nueva Época, año I, Nº 3, septiembre – diciembre 2002, pág 56. Instituto de Investrigaciones Jurìdicas UNAM, México D.F., 2002.

40. **LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso:** El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/.../3/.../dtr4.pdf

41. **LARA PEINADO**, Federico: Código de Hammurabi, estudio preliminar, traducción y comentarios. Madrid, España Leyes 215, 218 219, Editorial Tecnos, 1986.

42. **LOPES, Maurício Antônio Ribeiro**: **Princípio da Legalidade Penal**. Projeções Contemporâneas. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

43. **MARCHI BARRETO. Laila y MARQUES VAZ SANTANA Larissa:** Una mirada al error médico frente a la relación de consumo. http://www.facs.br/ revistajuridi-

ca/edicao_ fevereiro2004/discente/disc11.doc

44. **MARTINS MALUFE, Guilherme**. Responsabilidad civil de los médicos. Jus Navigandi, Teresina, año 4, n. 40, mar. 2000. http://jus2.uol.com.br/ doutrina/ texto. asp? id=1867.

45. **MAURACH,** Reinhart otros: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, en Derecho Penal General, parte 2; Traducción de la 7º edición alemana por Jorge Bofill Genzch; Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, febrero 1995.

46. **MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André**.: Tratado "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires, Argentina, Traducción de la 5ª edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Editorial Juridica Europa – América (EJEA) Volumen I, 1961.

47. **MELLO DA SILVA, Wilson:** El Daño Moral y su Reparación. Río de Janeiro, Brasil, 3ª ed. Revisada y ampliada, Editora Forense, 1999, nº 1.

48. **MEZGER, Edmund**. Diritto Penale.Traducción italiana de Filippo Mandalari. Padova: CEDAM, 1935. pág 182. Citado por Claudio Roberto Brandão en: "La importancia de la conceptualización de la antijuridicidad para la compresión de la esencia del crimen". Revista de Informação Legislativa, Senado de la República Federativa del Brasil, Brasília a. 34 n. 133 ene./mar. 1997.

49. **MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio**: Diccionario de Ciencias Penales. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 2001**.**

50. **MINISTERIO PUBLICO DEL ESTADO DE PARANÁ, BRASIL:** Irresponsabilidad / Aumenta el número de acciones por error médico/ El médico no está obligado a la cura.Curitiba, Paraná, Brasil, 14/11/2008. www.jusbrasil.com.br/.../irresponsabilidade-aumenta-o-numero-de-acoes-por-**erro**-**medico**-**medico**-nao-e-obrigado-a-curar

51. **NOBOA BEJARANO, Ricardo**: El Daño Moral en la legislación ecuatoriana. Revista Jurídica Online Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas | Universidad Católica de Guayaquil – Ecuador. Págs. 44 a 46. www.revistajuridica online.com/index.php

52. **OELCKERS CAMUS, Osvaldo**: La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Polìtica de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio. Revista Chilena de Derecho, Número Especial Santiago de Chile 1998.

53. **PESCIO VARGAS, Victorio**: Manual de Derecho Civil, Título Preliminar del Código Civil, Santiago de Chile Tomo I, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurìdica de Chile, 1978.

54. **PIZARRO WILSON, Carlos**: Mirada de un civilista a la reparación en el nuevo proceso penal. Gaceta Jurídica 2003; 296: 59-75

55. **PLANIOL, Marcel:** Traité Élémentaire de Droit Civil, tomo II, 10ª Edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente", Paris, 1926, pàgs 304 y 305, citado por Arturo Alessandri Rodríguez en su obra: "De la Responsabilidad Extra – Contractual en el Derecho Civil Chileno, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Jurídica Ediar – Cono – Sur Ltda., Santiago de chile, 1983.

56. **PORTAL CASTREJÓN, Jesús:** Apuntes acerca de la responsabilidad civil. Revista Jurídica Cajamarca. http://www.derechoycambiosocial. com/rjc/REVISTA3/ responsabilidad.htm

57. **RAMOS PAZOS, René:** De las Obligaciones. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1999.

58. **RUIZ VADILLO, Enrique**: La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestesistas), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Volumen XXXIV, Fascículo 2/3, Mayo – Diciembre, Madrid, España.

59. **SERRA ROJAS, Andrés**. "Derecho Administrativo" t. II, 4a. ed. Porrúa S.A., México, 1968.

60. **SOLER, Sebastián:** Derecho Penal Argentino. Editorial Tipográfica Editora Argentina, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, 1992.

61. **SOTTO, Debora**: El deber de informar del médico y el consentimento informado del paciente. Medidas preventivas y responsabilidad ante la falta o deficiencia de información. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 178, 31 dez. 2003. Disponible en: http:// jus2.uol.com.br doutrina/texto.asp?id=4635.

62. **STIGLITZ, Gabriel** y **ECHEVESTI, Carlos:** La determinación de la indemnización, Capítulo XIV de la obra "Responsabilidad Civil", Editorial Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 2ª reimpresión, mayo de 1997.

63. **SUPERBY FLORES, Alejandro:** Reflexiones en responsabilidad médica. www. peritajedrsuperby.es

64. **TAPIA RODRÍGUEZ Mauricio:** Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales, Revista de Derecho (Valdivia), Chile, [online]. 2003, vol.15, págs 75-111. Disponible en: <http:// www. scielo.cl/scielo.php script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004&lng= es&nrm= iso>.

65. **VÁZQUEZ FERREYRA,** Roberto A.: La responsabilidad civil de los médicos, págs., 3 y 4. www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf

66. **VELOSO DE FRANÇA, Genival:** Responsabilidad civil del médico y el nuevo Código Civil. www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?.

67. **VINEY, Geniviève:** Introduction à la responsabilitè. Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin, 2ª Edición, París, Francia, citado por Rodrigo Xavier Leonardo en "Responsabilidade civil contratual e extra – contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasilero, Revista Ciencia y Cultura Nº 30, Curitiba,

Brasil, 2002.

68. **ZAFFARONNI, Eugenio Raúl:** Tendencias finiseculares del Derecho Penal www.bibliojuridica. org/ libros/3/1376/17.pdf.

69. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**: Manual de Derecho Penal. Parte General, 2ª Edición, Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2006

PARA GRADOS ACADEMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

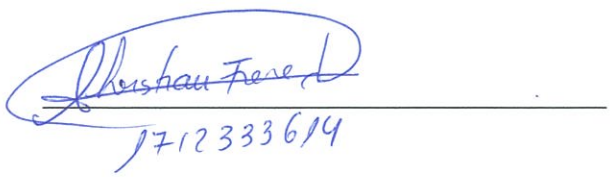
DECLARACION Y AUTORIZACION

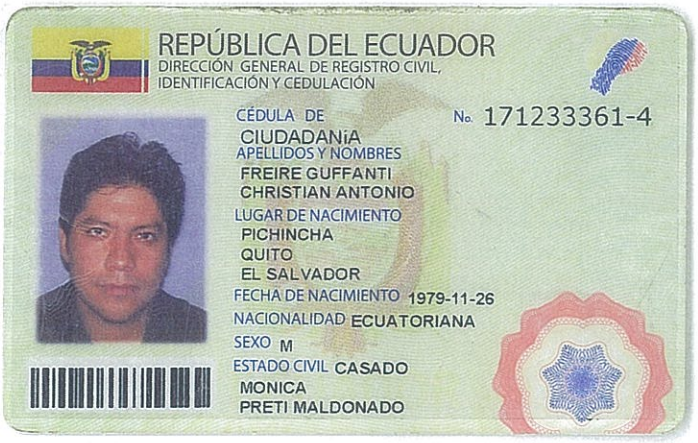
Yo, Christian Antonio Freire Guffanti, con cédula 171233361-4, autor del trabajo de graduación intitulado **"Imprudencia, impericia y negligencia. Responsabilidad penal, civil y administrativa del profesional médico",** previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la facultad de **JURISPRUDENCIA:**

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

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

QUITO, O8 DE Agosto del año 2017





REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 171233361-4

APELLIDOS Y NOMBRES
FREIRE GUFFANTI
CHRISTIAN ANTONIO

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
EL SALVADOR

FECHA DE NACIMIENTO 1979-11-26

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO M

ESTADO CIVIL CASADO
MONICA
PRETI MALDONADO

IGM 16 02 421 03

INSTRUCCIÓN
SUPERIOR

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
EMPLEADO PRIVADO

V2333V2222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
FREIRE PEDRO ANTONIO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
GUFFANTI MARIA GUADALUPE

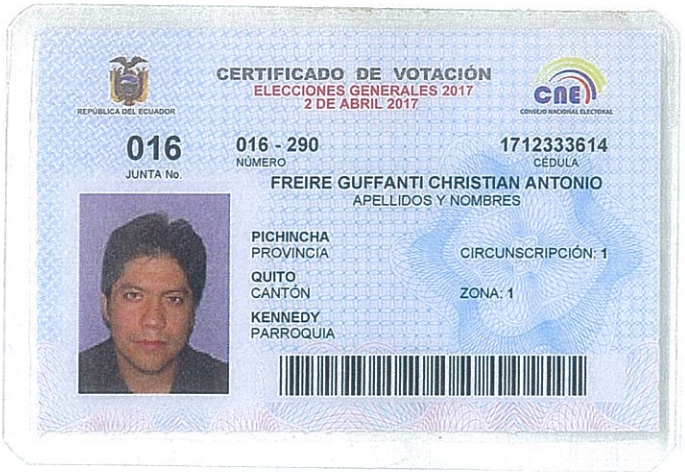
LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2016-04-04

FECHA DE EXPIRACIÓN
2026-04-04

0010610064

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO



REPÚBLICA DEL ECUADOR

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES GENERALES 2017
2 DE ABRIL 2017

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

016
JUNTA No.

016 - 290
NÚMERO

1712333614
CÉDULA

FREIRE GUFFANTI CHRISTIAN ANTONIO
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA
PROVINCIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: 1

QUITO
CANTÓN

ZONA: 1

KENNEDY
PARROQUIA